

TRIBUNAL ARBITRAL**INVERSIONES MACADAMIA S.A.S.****vs.****RIBON PERRY & CIA. S.A.S.**

El Tribunal de Arbitramento integrado por el Árbitro Único, doctor **JAIME CABRERA BEDOYA**, en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales profiere el siguiente:

LAUDO ARBITRAL**BOGOTÁ D.C., CUATRO (4) DE ABRIL DE 2016****CAPÍTULO PRIMERO: TRÁMITE ARBITRAL****1. PARTES.****1.1. Parte convocante.**

La parte demandante es **INVERSIONES MACADAMIA S.A.S.**, sociedad comercial constituida como limitada, mediante Escritura Pública No. 2167 de 26 de Octubre de 1.987, de la Notaría 24 de Bogotá, transformada hoy en sociedad por acciones simplificada (S.A.S), según consta en Escritura Pública 11552 del 28 de diciembre de 2012 de la Notaría 38 de Bogotá. La Representación Legal de la Sociedad la

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

ejerce la persona jurídica denominada “Pedro Gomez y Cia. S.A.”, en calidad de Gerente General, cuyo representante legal ha otorgado poder para la iniciación del presente proceso arbitral.¹

En adelante y para efectos de este Laudo arbitral, la “Convocante”, la “Demandante” o “Macadamia”.

1.2. Parte convocada

La parte demandada es **RIBON PERRY Y CIA. S.A.S**, sociedad comercial constituida como “Ribón Catala y Cia. S. en C.”, mediante Escritura Pública 2499 del 9 de Agosto de 1994 de la Notaría 41, transformada hoy en “Ribón Perry y Cia. S.A.S”, según consta Acta No. 41 de la Asamblea de Accionistas debidamente inscrita en el registro público. La Representación Legal de la sociedad la ejerce Andrés Ribón Catala en calidad de Gerente, quien confirió poder para la representación de la sociedad en este proceso.²

En adelante y para efectos de este Laudo arbitral, la “Convocada”, la “Demandada” o “Ribón Perry”.

2. PACTO ARBITRAL.

La cláusula arbitral que sirve de fundamento a este Tribunal se encuentra contenida en la cláusula décima séptima del Contrato de Prestación de Servicios de Interventoría para el Proyecto Macadamia Etapa C.3 Avellanos, suscrito entre las partes, que textualmente dispone:

¹ Folios 28, 29 a 31 y 136 a 139, Cuaderno Principal 1.

² Folios 111 y 161 a 161, Cuaderno Principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

“DÉCIMA SÉPTIMA: ARBITRAMENTO.- Toda controversia o diferencia relativa al presente **Contrato**, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual estará sujeto a sus reglamentos, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. El Tribunal de Arbitramento funcionará en la ciudad de Bogotá D.C. y sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá;
2. Estará integrado por un (1) árbitro designados (sic) por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de sus listas;
3. El Tribunal de Arbitramento decidirá en derecho;
4. La organización interna del Tribunal de Arbitramento se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá;
5. La Secretaría del Tribunal estará integrada por un miembro de la lista oficial de secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.”³

3. DEMANDA (SOLICITUD DE CONVOCATORIA).

La Convocante, a través de apoderado, presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 19 de diciembre de 2014.⁴

4. NOMBRAMIENTO DEL ÁRBITRO E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL.

De acuerdo con lo establecido en la cláusula compromisoria atrás citada, el 15 de enero de 2015 se llevo a cabo la designación del árbitro único por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo la modalidad

³ Folio 45, Cuaderno de Pruebas 1.

⁴ Folios 1 a 27, Cuaderno Principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

de sorteo. Como principal fue designado el Doctor Jaime Cabrera Bedoya, quien aceptó el nombramiento y dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1563.⁵

En audiencia del 26 de febrero de 2015 el Tribunal profirió el Auto No. 1, mediante el cual: se declaró legalmente instalado, designó como secretaria a Clara Lucía Uribe Bernate, fijó como lugar de funcionamiento la sede Chapinero del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, reconoció personería a los doctores Juan Pablo Bonilla Sabogal, como apoderado de la Demandante y Carlos Eduardo Gómez Ramírez, como apoderado de la Demandada y determinó las direcciones electrónicas en las cuales las partes recibirán notificaciones.⁶

5. ADMISION, NOTIFICACIÓN Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En audiencia llevada a cabo el 16 de marzo de 2015 se profirió el Auto No. 2, mediante el cual el Tribunal inadmitió la demanda. Presente en la audiencia el apoderado de Macadamia, procedió de inmediato a subsanar los defectos señalados por el Tribunal haciendo entrega de los documentos requeridos, de los anexos de ley y renunciando al término de traslado. Por lo anterior, en la misma audiencia el Tribunal profirió Auto No. 3 mediante el cual admitió la demanda y dispuso su notificación y traslado al demandado por el término de 25 días hábiles. La parte demandada, también presente en la Audiencia, se notificó personalmente del auto admisorio y recibió las copias pertinentes.⁷

⁵ Folios 37 a 89, Cuaderno Principal 1.

⁶ Folio 112 a 114, Cuaderno Principal 1.

⁷ Folios 125 a 129, Cuaderno Principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Ribón Perry dio contestación a la demanda mediante escrito presentado el 21 de abril de 2015, estando dentro del término de traslado señalado por el Tribunal.⁸ La demandada objetó el juramento estimatorio prestado por la demandante.

6. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Por secretaria se dio traslado de la contestación de la demanda a la parte demandante, para los efectos y por el término dispuesto en el artículo 2.35 (2) del Reglamento de Procedimiento del Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, en concordancia con el artículo 21 de la ley 1563. Dentro del término correspondiente la Convocante presentó escrito solicitando pruebas adicionales.⁹ Adicionalmente, mediante Auto No. 4 de 11 de mayo de 2015, el Tribunal dio traslado a la Demandante, de la objeción al juramento estimatorio conforme lo prevé el artículo 206 del C.G. P, traslado éste que fue descorrido por la Demandante mediante escrito presentado el 20 de mayo de 2015.¹⁰

7. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

De acuerdo con lo previsto en el artículo 2.36 del Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá no se celebró audiencia de conciliación en el presente proceso, por cuanto no se presentó solicitud de ninguna de las partes.

8. FIJACIÓN DE HONORARIOS POR EL TRIBUNAL.

⁸ Folios 140 a 159, Cuaderno Principal 1

⁹ Folios 168 a 1176, Cuaderno Principal 1

¹⁰ Folios 177 a 179 y 189 a 191, Cuaderno Principal 1

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Mediante Auto No. 5 de 21 de mayo de 2015, el Tribunal señaló las sumas correspondientes a los honorarios del Árbitro único y la Secretaria, así como las sumas correspondientes a Gastos de Administración del Centro de Arbitraje y gastos de secretaria. Las sumas señaladas fueron pagadas en su totalidad por la Demandante, dentro de los términos legales establecidos para tal fin.¹¹

9. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.

La primera Audiencia de trámite se llevo a cabo el día 26 de junio de 2015, según consta en Acta No. 6. En ella el Tribunal se pronunció sobre su propia competencia y resolvió sobre la solicitud de pruebas presentada por las partes.

9.1. Competencia del Tribunal.

Mediante Auto 7 de 26 de junio de 2015, el Tribunal resolvió:

“Declararse competente para conocer y decidir en derecho las cuestiones sometidas a su consideración en la demanda presentada por Inversiones Macadamia S.A.S. en contra de Ribon Perry y Cia. S.A., ello sin perjuicio de lo que se decida en el Laudo que ponga fin a este proceso.”

Frente a la anterior decisión del Tribunal no se presentó ningún recurso.

9.2. Auto de Pruebas.

Mediante Auto 9 de 26 de junio de 2015, el Tribunal resolvió sobre las pruebas pedidas por las partes.

¹¹ Folios 184 a 188, Cuaderno Principal 1

11. TÉRMINO DEL PROCESO.

El presente Laudo arbitral se profiere dentro del término legal correspondiente, pues al término inicial del proceso, que se habría cumplido el 26 de diciembre de 2015, se deben adicionar los 117 días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por petición conjunta de las partes, de manera tal que, el término del proceso se extiende hasta el 21 de abril de 2016.

CAPÍTULO SEGUNDO: SÍNTESIS DEL PROCESO

1. LA DEMANDA.

1.1. Pretensiones.

Las pretensiones de la demanda, son del siguiente tenor:

“PRIMERA. — Que se declare que entre **INVERSIONES MACADAMIA S.A.S.** en calidad de contratante, y **RIBON PERRY Y CIA S.A.**, en calidad de contratista, se celebró un Contrato de Prestación de Servicios de Interventoría para el Proyecto Macadamia Etapa C.3 Avellanos de fecha 1 de junio de 2012.

“SEGUNDA. — Que se declare que **RIBON PERRY Y CIA S.A.** incumplió el Contrato de Prestación de Servicios de Interventoría para el Proyecto Macadamia Etapa C.3 Avellanos de fecha 28 de febrero de 2013, según se describe en los hechos de esta demanda.

“TERCERA. — Que se declare que **RIBON PERRY Y CIA S.A.** es responsable del incumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios de Interventoría para el Proyecto Macadamia Etapa C.3 Avellanos de fecha 28 de febrero de 2013.

“CUARTA. — Que como consecuencia de las pretensiones anteriores, se condene a **RIBON PERRY Y CIA S.A.** a pagar a **INVERSIONES MACADAMIA S.A.S.**, dentro de los cinco (5) días

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

hábiles siguientes a la fecha del laudo que ponga fin al proceso, a título de indemnización de perjuicios, las siguientes sumas de dinero, o el mayor valor que se demuestre en el proceso, conforme se describe en la demanda:

“4.1.- Por concepto de los costos y gastos incurridos con ocasión de la intervención y corrección de las fallas estructurales no detectadas por Ribón Perry, la suma de Dos Mil Trescientos Noventa y Nueve Millones Cuatrocientos Noventa y Siete Mil Ciento Treinta y Un Pesos (\$2.399.497.131.00).

“4.2.- Por concepto de las indemnizaciones, costos y gastos pagados a los compradores y/o propietarios de las 20 casas, la suma de Cuatro Mil Ochocientos Noventa y Cuatro Millones Seiscientos Veintiún Mil Novecientos Sesenta y Nueve Pesos con Siete Centavos (\$4.894.621.969.07)

“**QUINTA.** – Que como consecuencia de las pretensiones primera a tercera se condene a **RIBON PERRY Y CIA S.A.** a pagar a **INVERSIONES MACADAMIA S.A.S.**, la suma de Diez Millones Cuatrocientos Cincuenta y Seis Mil Cuatrocientos Treinta y Ocho Pesos (\$10.456.438.00) correspondientes a la cláusula penal, establecida en la cláusula décima cuarta del Contrato de Prestación de Servicios de Interventoría para el Proyecto Macadamia Etapa C.3 Avellanos de fecha 1 de junio de 2012.

“**SEXTA.** – Que todas las condenas que imponga el Tribunal se actualicen de acuerdo con la ley, con base en el índice de precios al consumidor IPC hasta la fecha de constitución en mora de **RIBON PERRY Y CIA S.A.**, y desde el día siguiente de esa fecha de constitución en mora se decreten intereses de mora a la máxima tasa legal permitida por la ley comercial, hasta la fecha del pago.

“**SÉPTIMA.** – Que se condene a **RIBON PERRY Y CIA S.A.** a pagar las costas y agencias en derecho, cuya liquidación solicito incluir en el laudo arbitral que ponga fin al proceso.”

1.2. Hechos.

A manera de resumen, se resaltan los principales hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda:

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

- La celebración de un **contrato de obra** entre Macadamia y AFH Proyectos, el 23 de mayo de 2012, cuyo objeto consistió en la construcción de 20 casas del Conjunto Residencial Macadamia Etapa 3 (Avellanos), Sector 3.1, 3.2 y el urbanismo interno total de la etapa.
- La celebración de un **contrato de interventoría** entre Macadamia y Ribón Perry, cuyo objeto consistió en la prestación, por parte de ésta última a la primera, de servicios de interventoría técnica y administrativa para el Proyecto Macadamia Etapa 3, Avellanos III (29 casas)
- La terminación unilateral y anticipada, por parte de Macadamia, del contrato de obra arriba referido, ocurrida el 31 de octubre de 2013, como consecuencia de los incumplimientos y retrasos de AFH Proyectos, advertidos por Ribón Perry.
- La "Certificación técnica final de interventoría", emitida por Ribón Perry el 5 de diciembre de 2013 en la cual manifiesta: "que la construcción de la estructura y elementos no estructurales de **las 20 Casas** se realizó de acuerdo al nivel de calidad requerido y especificado mediante control de planos, de especificaciones, de materiales, de calidad, de la ejecución y verificando que el grado de desempeño de los elementos no estructurales fuera acorde con el grupo de uso que va a tener la edificación."
- La terminación del contrato de interventoría celebrado con Ribón Perry el 16 de enero de 2014.
- La celebración de un nuevo contrato de obra entre Macadamia y Constructora Muraglia para la terminación de las 20 casas y la celebración de un nuevo contrato de interventoría con Edificadora Gómez.
- El hallazgo, por parte de Constructora Muraglia y Edificadora Gómez, de fallas estructurales en la mampostería de varias de las casas, consistentes en la falta de relleno (grouting) en algunas de las dovelas de las 20 casas.
- El incumplimiento del contrato de interventoría por parte de Ribón Perry, al no haber advertido e informado sobre las graves fallas estructurales de las casas.
- Los daños y perjuicios sufridos por Macadamia como consecuencia del incumplimiento de Ribón Perry, consistentes en: los pagos efectuados a Constructora Muraglia por el arreglo de las fallas advertidas, las indemnizaciones y pagos por diferentes conceptos a los dueños de las casas a quienes no se les pudo entregar en tiempo y a quienes se debió sacar de sus casas para adelantar las reparaciones.

1.3.- El Juramento Estimatorio.

De conformidad con lo previsto en el artículo 206 del C.G.P, la demandante estimó bajo juramento el valor de los perjuicios sufridos como consecuencia del alegado incumplimiento de la convocada, así:

Concepto		Estimación bajo juramento
<i>Por concepto de la intervención y corrección de las fallas estructurales no detectadas por Ribon Perry</i>	<i>Costos y gastos incurridos hasta la fecha de presentación de la demanda</i>	\$ 1.467.979.067.00
	<i>Costos y gastos proyectados desde la presentación de la demanda y hasta la terminación de las 20 casas</i>	\$931.518.064.00
<i>Por indemnizaciones, costos y gastos pagados a los compradores y/o propietarios de las 20 casas</i>		\$4.894.621.969.07

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**2.1. En cuanto a las pretensiones de la demanda.**

Ribón Perry se opone a la prosperidad de las pretensiones segunda a séptima de la demanda, sostiene no haber incumplido el contrato de interventoría y no ser responsable de los perjuicios sufridos por la convocante.

2.2. En cuanto a los hechos de la demanda.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

La convocada responde todos los hechos alegados por Macadamía, algunos los acepta como ciertos, otros los niega y declara que otros no le constan. A manera de resumen y en términos generales sostiene:

- Que es cierto que se celebraron los contratos de obra y de interventoría, difiere respecto de la fecha de suscripción del contrato de interventoría y se atiene su contenido textual.
- Precisa la forma como se dio cumplimiento a las obligaciones del contrato de interventoría y resalta que los recursos físicos no fueron suficientes para supervisar la ejecución simultanea de 20 casas y otras obras externas.
- Afirma que: "Ribón Perry cumplió en debida forma las obligaciones que el contrato de interventoría le imponía e informó oportunamente de todas las circunstancias detectadas que pudiesen afectar la estabilidad y calidad del proyecto."

2.3.- En cuanto al Juramento Estimatorio

Ribón Perry objetó la estimación juramentada de perjuicios presentada por Macadamia, fundándose en que algunas de las sumas estimadas, no se encontraban acreditadas probatoriamente.

2.4. Excepciones.

La demandada no propuso excepciones.

3.- LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS.

Mediante Auto No. 9 de 26 de junio de 2015, se decretaron las pruebas solicitadas

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

por las partes. A continuación se hará una relación, en lo principal, de las allegadas al expediente y practicadas por el Tribunal, las cuales han sido tenidas en cuenta para fundamentar la decisión.

4.1. Documentales.

Fueron admitidas y decretadas como pruebas todas las documentales que se anexaron por las partes a los escritos de demanda y sus respectivas contestaciones, así como al escrito presentado durante el traslado de las excepciones. Estos documentos fueron agregados al expediente, y de ellos dan cuenta los cuaderno de pruebas números 1, 2 3 y 4.

4.2. Interrogatorios de Parte.

Se recibieron los Interrogatorios de Parte, de **Andrés Ribón Catalá**, en calidad de Representante Legal de **RIBÓN PERRY & CIA. S.A.S.** y **Edgar Eduardo Romero Rojas**, en calidad de Representante Legal de **INVERSIONES MACADAMIA S.A.S.**¹²

Las transcripciones de sus declaraciones fueron agregadas al expediente y puestas en conocimiento de las partes.

4.3. Testimonios.

El Tribunal recibió las declaraciones de los siguientes testigos:

Nestor Iván Roncancio Bustos, ingeniero civil, quien al momento de su declaración, ocupaba el cargo de gerente de construcciones de Constructora

¹² Acta 7, del 6 de julio de 2015, folios 225 y 226, Cuaderno Principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Muraglia S.A., empresa que fue contratada por Inversiones Macadamia para la terminación del Proyecto Avellanos 3.1 y 3.2.¹³

Luis Fernando Arguellez López, ingeniero civil, quien se desempeñó como residente de interventoría por cuenta de Ribón Perry, para el proyecto de casas de Inversiones Macadamia en el sector de Avellanos.

Jorge Iván Carreño Rojas, arquitecto, especialista en gerencia estratégica, vinculado a Constructora Muraglia.¹⁴

Gloria Patricia Calderón Castaño, arquitecta, vinculada laboralmente con la sociedad Edificadora Gómez, empresa que asumió la interventoría para la terminación de 13 casas de las etapas C3.1 y C3.2 de Avellanos, luego de terminado el contrato entre Inversiones Macadamia y Ribón Perry.¹⁵

Carlos Alejandro Rojas Echeverría, ingeniero civil vinculado laboralmente con Ribón Perry al momento de su declaración y quien se desempeñó como residente de interventoría en el proyecto de Avellanos, etapas C3.1 y C3.2.¹⁶

4.4.- Exhibición de Documentos a cargo de Inversiones Macadamia S.A.S.

El 18 de agosto de 2015, se llevó a cabo una diligencia de exhibición de documentos en las oficinas de Inversiones Macadamia S.A.S., dentro de la cual la convocante exhibió los documentos requeridos, aportando copia de todos aquellos

¹³ Acta 9, del 10 de agosto del 2015, folio 249, Cuaderno Principal 1.

¹⁴ Acta 9, 10 de agosto de 2015.

¹⁵ Acta 10, 11 de agosto de 2015.

¹⁶ Acta 10, 11 de agosto de 2015.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

dispuestos por el Tribunal en su momento.¹⁷

4.5.- Dictámenes.¹⁸

Se practicaron dos dictámenes periciales a petición de parte, así:

4.5.1.- Dictamen Pericial Contable, elaborado por la perito Contadora, GLORIA ZADY CORREA PALACIOS, presentado el 18 de agosto de 2015 y complementado y aclarado por solicitud de ambas partes, 22 de septiembre de 2015. El objeto principal del dictamen, inicialmente solicitado por Inversiones Macadamia, fue certificar el valor de los perjuicios sufridos por la convocante, de acuerdo con los hechos de la demanda y con vista en su propia contabilidad. La convocada, por su parte ejerció su derecho a formular preguntas y a contradecir el dictamen pericial.

4.5.2. Dictamen Pericial Técnico, elaborado por el perito Ingeniero, GUILLERMO GAMBOA SERRANO, presentado el 20 de octubre de 2015 y complementado, a solicitud de la parte convocada, mediante escrito de 1 de diciembre de 2015. El dictamen atendió preguntas de ambas partes y del Tribunal y tuvo como propósito fundamental ilustrar al Tribunal sobre las fallas estructurales ocurridas en las casas que fueron objeto del contrato de interventoría, el origen o causa probable de las mismas, la forma como se ejecutaron los contratos, de obra entre Inversiones Macadamia y AFH Proyectos y Construcciones, y de interventoría entre Inversiones Macadamia y Ribón Perry & Cia S.A.S; la manera como se llevó a cabo la reparación de las fallas estructurales encontradas, así como otra serie de aspectos particulares registrados en el dictamen y que serán analizadas más adelante en este laudo.

¹⁷ Acta 11, 19 de agosto de 2015.

¹⁸ Los peritos se posesionaron en audiencia del 6 de julio de 2015, según consta en Acta 7.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

En Audiencia llevada a cabo el 9 de febrero de 2016, de la cual da cuenta el Acta No. 18, el Tribunal escuchó los alegatos orales de las partes, quienes además entregaron el resumen escrito de los mismas.

5.1. Alegaciones de la Parte Convocante.

Inversiones Macadamia inicia sus alegatos con una relación de las pruebas que, en su criterio, demuestran los hechos enunciados en la demanda; Enseguida aborda una presentación de los elementos constitutivos de la responsabilidad y la manera como éstos resultan predicables del comportamiento contractual de Ribón Perry durante el desarrollo del contrato de Interventoría. En este punto se refiere al contrato y a las obligaciones que éste y la Ley le imponen al interventor.

Sostiene que quedó demostrado el incumplimiento del interventor de varias de sus obligaciones, insistiendo, en particular, en la relativa al control técnico y administrativo de los procesos de construcción y a la verificación de la concordancia entre la obra construida y los planos, diseños y especificaciones estructurales. Sostiene y alega, además, que si la interventoría hubiese cumplido con sus obligaciones, “los defectos estructurales presentes en las Casas habrían sido detectados e informados y oportunamente y (sic) entonces corregidos, y no se habría causado el daño que se reclama en este proceso.”

Entiende que está probada la relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio y que hubo culpa grave del interventor en su actuar contractual. En relación con el daño, sostiene que fue demostrada no solamente su existencia sino también su cuantía.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBÓN PERRY & CIA. S.A.S.

En la parte final de sus alegaciones, Inversiones Macadamia se refiere a la contestación de la demanda y a los argumentos invocados por Ribón Perry en su defensa.

Como conclusión solicita acceder a las pretensiones de la demanda por encontrarse probados todos los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual de la demandada.

5.2. Alegaciones de la Convocada

Ribón Perry, por su parte, dirige sus alegaciones a demostrar que no existió incumplimiento del contrato de interventoría de su parte y que, de haberlo existido, el perjuicio alegado no es consecuencia exclusiva de su conducta, pues aparece como causa adecuada el incumplimiento por parte del Constructor de la obra quien era el primer llamado a ejecutarla en la forma adecuada.

En relación con el incumplimiento del interventor, fundamenta su postura en que no se probó la culpa leve de Ribón Perry en la actividad profesional desplegada en cumplimiento de las obligaciones surgidas de contrato de interventoría, culpa ésta, que debería haberse probado por quien la alega, por cuanto las obligaciones surgidas del contrato son, en su criterio, obligaciones de medio y no de resultado.

En cuanto a la relación de causalidad entre el “supuesto incumplimiento” y el perjuicio alegado, desarrolla la convocada algunas explicaciones relacionadas con las teorías en casos de concurrencia de causas, y se refiere a la llamada “teoría de la equivalencia de condiciones” y, a la llamada, “teoría de la causa adecuada”. Sostiene que esta última es la que ha acogido la jurisprudencia colombiana y concluye que en el presente asunto la “causa adecuada del perjuicio” es la indebida

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

ejecución de las obras por parte del constructor AFH PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES.

En relación con la prueba del daño, es decir, el valor de los perjuicios alegados, Ribón Perry alega y resalta que existen varias inconsistencias en la prueba del mismo, y enuncia cada una de ellas partiendo del dictamen pericial contable y de los comprobantes aportados por la perito, así como aquellas otras pruebas documentales obrantes en el expediente. Entre estas inconsistencias se resaltan: (i) el haberse incluido dentro de los valores pagados a Constructora Muraglia por trabajos de diagnóstico y reparación de las fallas estructurales, valores incluidos en los Otrosíes al contrato que no corresponden realmente a estos conceptos y cuyo pago no está relacionado con los incumplimientos endilgados a la convocada; (ii) la indemnización pagada por la casa 40, la cual no guarda relación con un retraso de la obra por la reparación de las fallas estructurales; (iii) La valoración del “daño emergente” sufrido por los dueños de las casas 41, 61 y 62, porque es el resultado de un acuerdo de transacción sin la participación de un juez o de Ribón Perry ; (iv) La suma señalada como gastos notariales no fue debidamente soportada con los recibos correspondientes; (v) La suma correspondiente a los gastos por bodegaje, tampoco se encuentra debidamente soportada, pues los recibos anexados no identifican por cuenta o a favor de quien fueron efectuados los gastos respectivos; (vi) La suma que se pretende por gastos de arrendamiento, no se encuentran soportadas con los respectivos contratos que acrediten que los inmuebles efectivamente fueron ocupados por los propietarios de las casas 41, 61 y 62; (vii) la valoración e inclusión en el peritaje contable, de rubros que no guardan relación con el alegado incumplimiento de la convocada, tales como unos pagos por arrendamiento y hospedaje durante el segundo semestre de 2013 y unas multas por mora acordadas en el contrato de transacción acordado con el propietario de la casa 62.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Finalmente la convocada se refiere a la indemnización pagada por Seguros Comerciales Bolívar a Inversiones Macadamia por valor de \$ 1.322.841.904, suma que considera deberá ser deducida de cualquier eventual condena que se imponga a Ribón Perry.

CAPÍTULO TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Explicados los antecedentes del caso y verificado que no hay causal de invalidez procesal, el Tribunal comienza por delimitar el debate.

2. La ley (art. 1494 CC) dice que el contrato es fuente de obligaciones. En consecuencia, toda obligación nacida de la fuente contractual tiene el carácter de norma jurídica, es decir de un mandato coercitivo y vinculante. El título (o sea el contrato celebrado) engendra la obligación particular y su correlato es el derecho subjetivo de crédito. Así, el incumplimiento legitima al acreedor –que es titular del derecho personal- para exigir el cumplimiento forzado tanto de la obligación principal como de la indemnización de perjuicios.

En esta base descansa todo el régimen jurídico de la responsabilidad derivada del desfallecimiento contractual, que tiene los siguientes presupuestos: (i) La inejecución contractual; (ii) El daño; (iii) La relación causal entre la inejecución contractual y el daño.

3. Establecidos estos presupuestos, de entrada afirma el Tribunal que el contrato y sus correspondientes estipulaciones –de las que pretende la demanda derivar responsabilidad contractual- están debidamente probados en el proceso, prácticamente sin controversia.

Así, el hecho tercero de la demanda plantea la existencia de un contrato llamado “Contrato de prestación de servicios de interventoría para el Proyecto Macadamia Etapa C.3 Avellanos III (29 casas)” (Cuaderno Principal –en adelante CP-, fl. 4). No obstante discutir la fecha de firma, la sociedad demandada reconoce expresamente su existencia y materialidad en la contestación, cuando afirma que “... *el contrato que se acompañó a la demanda como prueba documental N° 2, se suscribió por las partes en el mes de Abril de 2013.*” (CP/f. 140).

Efectivamente, con la demanda se aportó documento que dice ser el “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INTERVENTORÍA PARA EL PROYECTO MACADAMIA ETAPA C.3 AVELLANOS CELEBRADO ENTRE INVERSIONES MACADAMIA S.A. Y RIBON PERRY Y CIA S.A.”, anexo 2 (Cuaderno de Pruebas # 1 – en adelante CP1- folios 32-47).

Dicho contrato de quince páginas, con fecha de junio primero de 2012, aparece firmado por las dos partes, y fue implícitamente reconocido por ellas, en los términos del # 3 del artículo 252 del CPC y del artículo 276 de la misma codificación.

4. Establecidos la autenticidad del documento y su contenido clausular, el Tribunal se adentra en el análisis del contrato para determinar el contenido material de los compromisos y derechos de las partes.

Según se desprende de su texto, el acuerdo tuvo por objeto comprometer a RIBÓN PERRY Y CIA S.A. en la prestación del servicio de interventoría para la construcción del proyecto MACADAMIA C3 AVELLANOS III, “*de conformidad con el alcance descrito en*”: (i) El Decreto 2090 de 1989, y (ii) El contrato suscrito entre las partes. (CP1/32).

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

El Decreto 2090 de 1989, citado por el contrato como fuente formal, fue expedido por el Presidente de la República en desarrollo de la facultad que le había conferido el artículo 39 del Decreto-Ley 222 de 1983, antiguo estatuto de la contratación pública, y tuvo como finalidad fijar ciertos parámetros para la determinación de los honorarios que habrían de pagarse en los contratos estatales de consultoría.

Habiéndose derogado el Decreto-Ley y teniendo claro que –de todas maneras- este contrato de interventoría celebrado entre privados no podría estar sometido al imperio del decreto reglamentario, para el Tribunal resulta evidente que la intención de las partes al remitirse a esta norma, fue darle contenido conceptual a la interventoría, en combinación con las particulares cláusulas del contrato. Es decir que ellas (las partes), adoptaron –en calidad de normas contractuales- aquellas disposiciones del Decreto que contribuyen a determinar el alcance de la labor de interventoría, idea que es ratificada a lo largo del contrato en otras reiteraciones de su propio texto, como en la Cláusula Octava (CP1/f. 36-37) o en los numerales “1.1” y “1.6” de la Cláusula Novena (CP1/f. 37-38), así como en la declaración de parte de INVERSIONES MACADAMIA Y CIA S.A. (CP9/f. 4)

5. Dice el doctor Felipe Vallejo que *“El interventor es el agente o representante del dueño del proyecto durante la fase de construcción y en el lugar de la obra, y su consultor o asesor técnico permanente en todos los aspectos que conciernen a la ejecución de los planos por parte del constructor. Vela por la calidad de la obra y por ello le corresponde verificar que la construcción se adelante de conformidad con lo estipulado en el contrato de obra, los reglamentos aplicables y los diseños y especificaciones del proyecto.”* (FELIPE VALLEJO GARCÍA. Responsabilidad Profesional en la Construcción de Obras, p. 110)

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Bajo este entendido y con el objeto de ir acotando el marco de las obligaciones contractuales del interventor, el Tribunal comienza por reproducir las definiciones del Decreto 2090, incorporadas al contenido del contrato.

(1) "Interventoría":

"Se entiende por interventoría el servicio prestado por un profesional o persona jurídica especializada, para el control de la ejecución del proyecto arquitectónico o de la construcción. El interventor es el representante de la entidad contratante durante todas las etapas del proyecto: planos, etapa previa, ejecución y liquidación." (numeral 6.1)

(2) Interventoría del proyecto:

"Consiste en una asesoría a la entidad contratante durante la etapa de diseño y estudios del proyecto para garantizarle que los planos interpreten la voluntad del cliente, cumplan con sus requisitos dentro de su disponibilidad de recursos y estén debidamente coordinados y completos para la ejecución de la obra." (numeral 6.1.1)

(3) "Interventoría durante la construcción" -que involucra tanto la interventoría técnica como la administrativa- definida así por el Decreto:

"El servicio de interventoría durante la construcción comprende las funciones técnicas y administrativas, funciones complementarias e inseparables durante la obra, por lo cual ambas deben ser realizadas por la misma persona o entidad". (numeral 6.1.2)

(4) "Interventoría técnica":

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

“En la interventoría técnica la función del interventor se encamina a velar por el correcto desarrollo de los planos y por el cumplimiento de las normas de calidad, seguridad y economía adecuadas a la obra. En cumplimiento de sus funciones el interventor exigirá al constructor cuando sea necesario, la realización de ensayos y pruebas. De todos los trabajos autorizados el interventor deberá dejar constancia escrita.

Deberá llevar además un control a las especificaciones de materiales, a las pruebas de las instalaciones y a la puesta en marcha de los equipos. Para el cabal cumplimiento de sus funciones y si la complejidad del problema así lo justifica, el interventor solicitará a la entidad contratante la contratación de especialistas que lo asesoren en su función técnica.

Los controles a los cuales se hace referencia no relevan al constructor de su responsabilidad de llevarlos con el detalle y precisión que exijan las normas de calidad y los estudios técnicos de la obra. El interventor, por lo tanto, vigilará que el constructor cumpla las normas de control y llevará los controles adicionales que considere oportunos. (numeral 6.1.2.1).

(5) “Interventoría administrativa”:

“El interventor velará por el cumplimiento del contrato del constructor y supervigilará el avance de la obra para lograr que ella se desarrolle según el programa y el presupuesto previamente aprobados. Vigilará además el cumplimiento de las pólizas de garantía, los pagos de prestaciones sociales, pagos de carácter fiscal a los organismos nacionales y municipales y demás obligaciones contractuales y legales.

El interventor autorizará las entregas de dineros al constructor y revisará los gastos que éste haga a fin de que los dineros sean invertidos en la forma más eficiente; autorizará la contratación de los diferentes capítulos de obra y

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

supervisará la administración de los subcontratos. El interventor aprobará el pago de las cuentas a subcontratistas, trabajadores o proveedores, según las normas establecidas en los contratos y a las disposiciones que ordene la ley. El interventor supervisará el almacén de la obra y exigirá al constructor los inventarios, libros y comprobantes que permitan un adecuado control.

El interventor revisará y aprobará los extractos contables periódicos que presente el constructor con el objeto de verificar el paso correcto de las sumas a cargo de la obra.

En las obras contratadas por el sistema de precios unitarios o precio alzado, el interventor verificará que la obra ejecutada, su calidad y su cantidad corresponda a lo establecido en los planos, especificaciones y contrato de construcción. Recibida una determinada obra, el interventor autorizará la cuenta de cobro respectiva. Verificará que la obra ejecutada corresponda proporcionalmente a los dineros entregados al contratista, dentro de los términos estipulados en el contrato. El interventor estudiará y autorizará las cantidades de obra, analizará y acordará con el constructor los precios de los ítems no pactados en el contrato; estudiará y propondrá a la entidad contratante las fórmulas de reajustes cuando éstas no estén pactadas y aprobará los reajustes que surjan en el transcurso del contrato. La interventoría no incluye el control de costos. (numeral 6.1.2.2)

Según esto, la labor de interventoría reviste dos modalidades: (1) Interventoría del proyecto; (2) Interventoría durante la construcción, que se divide en (i) interventoría técnica y (ii) Interventoría administrativa.

El objeto de la prestación de los servicios de interventoría a cargo de RIBÓN PERRY fue limitado en el contrato, a la interventoría “durante la construcción” (técnica y administrativa), tal como lo expresa restrictivamente la cláusula primera

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

(CP1/f32). Lo cual excluye aquello relacionado con la interventoría del proyecto, salvo en lo atañido a la coordinación de los diseños, respecto de la cual dice la misma cláusula primera que *“es igualmente obligación de EL CONTRATISTA, controlar la coordinación de diseños que será desarrollada por un tercero y toda la información requerida para el oportuno y correcto desempeño de LA INTERVENTORÍA.”* (CP1/32); sin embargo se trata este de un aspecto irrelevante para el proceso, porque no está siendo discutido.

Dicho esto se puede concluir que una obligación cardinal a cargo de RIBÓN PERRY, consistió en la prestación del servicio de interventoría técnica y administrativa del proyecto en cuestión, dentro de los alcances del Decreto 2090 y bajo las reglamentaciones del contrato.

6. La otra obligación cardinal del contrato es la de Supervisión Técnica, de la cual podría decirse que constituye una labor de interventoría cualificada, pero que tiene un propósito legal muy particular. En el numeral primero de la Cláusula Novena RIBÓN PERRY asume también la condición de Supervisor Técnico de la obra; dice allí que el contratista será responsable de *“ejercer la supervisión técnica para la construcción de la obra..., cumpliendo con lo señalado en las normas de construcción vigentes durante la ejecución del presente contrato y en especial en la NSR-10 y la Resolución 004 del 28 de octubre de 2004 de la Asociación Colombiana de Ingeniería Sísmica y las demás normas aplicables y las posteriores que se hayan expedido que fueran aplicables, incluidas las señaladas en el Decreto 926 de 2010”.* (CP1/f. 37).

Esta figura del Supervisor Técnico es de creación legal y de imperativo cumplimiento. La Ley 400 de 1997, por la cual se adoptan normas sobre construcciones sismorresistentes, fue expedida con el siguiente objeto de orden público:

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

“ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley establece criterios y requisitos mínimos para el diseño, construcción y supervisión técnica de edificaciones nuevas, así como de aquellas indispensables para la recuperación de la comunidad con posterioridad a la ocurrencia de un sismo, que puedan verse sometidas a fuerzas sísmicas y otras fuerzas impuestas por la naturaleza o el uso, con el fin de que sean capaces de resistirlas, incrementar su resistencia a los efectos que éstas producen, reducir a un mínimo el riesgo de la pérdida de vidas humanas, y defender en lo posible el patrimonio del Estado y de los ciudadanos.”

La función, propiamente dicha, está definida en el numeral 38 del artículo 4º de la Ley, en los siguientes términos:

*“38. **Supervisión técnica.** Se entiende por supervisión técnica la verificación de la sujeción de la construcción de la estructura de la edificación a los planos, diseños y especificaciones realizadas por el diseñador estructural. Así mismo, que los elementos no estructurales se construyan siguiendo los planos, diseños y especificaciones realizadas por el diseñador de los elementos no estructurales, de acuerdo con el grado de desempeño sísmico requerido.*

La supervisión técnica puede ser realizada por el interventor, cuando a voluntad del propietario se contrate una interventoría de la construcción.”

El Título V de la misma ley desarrolla aspectos generales de la función y defiere al reglamento, en el artículo 21, el alcance, procedimientos y controles mínimos de la supervisión técnica. Dicha reglamentación corresponde al Decreto 926 de 2010, “por el cual se establecen los requisitos de carácter técnico y científico para construcciones sismorresistentes NSR-10”, que adopta el Reglamento Colombiano de Construcción Sismorresistente NSR-10.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

7. Es decir que esta especial función de RIBÓN PERRY Y CIA S.A. consistente en la Supervisión Técnica, se encuentra sometida a un régimen ampliado que se integra jurídicamente por: (i) Las normas del contrato; (ii) Las normas relacionadas de la Ley 400 de 2007; (iii) El Reglamento Colombiano de Construcción Sismorresistente NSR-10. (iv) La Resolución 004 del 28 de octubre de 2004, expedida por la Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismo Resistente, por medio de la cual se adopta el procedimiento para fijar el alcance y valor de las labores profesionales de ingeniería, de acuerdo con la normativa sismorresistente colombiana; en lo que nos ocupa, es reproducción parcial de dicha normativa.

8. El planteamiento general hecho hasta el momento permite entender en su estructura la dinámica de las relaciones engendradas en el contrato, en cuanto fuente de obligaciones y derechos.

En efecto, las partes iniciaron eficazmente una relación contractual el primero de junio de 2012, no sólo porque es la fecha impresa en el contrato sino porque el representante legal de la sociedad demandada afirmó que *“si mi memoria no me falla, hacia mayo o junio/12 [fue] el acto de seguimiento de los trabajos de interventoría técnica y administrativa al contrato de la firma AFH en cabeza del señor Fonseca como constructor”* (CP9/f. 1), no obstante que reitera la versión de la contestación de la demandada (CP/f. 140) según la cual el documento fue firmado en el 2013 pero *“surtido ese plazo recibimos el contrato, tal vez son 15 páginas con 80 y pico de obligaciones para el contratista y entendimos que era para formalizar una relación que ya venía ocurriendo de tiempo atrás”*.

O sea que es un hecho también que dicha relación contractual está regida en sus especificidades por el documento firmado por los contratantes, al que ya nos hemos referido, que obra en el Cuaderno de Pruebas # 1, entre los folios 32 a 46.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Por lo mismo, ateniéndonos al contenido del contrato, igualmente se da por aceptado el hecho de que RIBÓN PERRY asumió el compromiso de prestar el servicio de interventoría (técnica y administrativa) y de supervisión técnica, en nombre de INVERSIONES MACADAMIA S.A., frente a la construcción de 20 casas que debía adelantar la empresa AFH PROYECTOS & CONSTRUCCIONES LTDA en la Etapa Avellanos, sector C.3. en un predio ubicado en el municipio de La Calera. Y que las condiciones bajo las cuales se debería prestar el servicio se encuentran reglamentadas en el contrato y en las normas a las cuales se remite su texto.

9. Dentro de este marco normativo de la relación, el incumplimiento básico que INVERSIONES MACADAMIA S.A. imputa la demandada consiste en el hecho de que, no obstante tener RIBÓN PERRY Y CIA S.A. la calidad de interventor técnico y administrativo de las 20 casas a que se refiere la demanda y la condición de supervisor técnico de la obra de conformidad con la Ley 400 de 1997, la construcción adoleció de *"graves fallas constructivas y estructurales [que] no fueron detectadas ni informadas por el Interventor a Macadamia."* (CP/11-12). Dicho así, entiende el Tribunal que el demandante hace consistir el incumplimiento fundamental del interventor en que:

(i) No obstante que el constructor no ejecutó la obra de acuerdo con los planos y especificaciones pre-establecidos, RIBÓN PERRY Y CIA S.A. fue negligente en su gestión de vigilancia y control, circunstancia que le impidió prevenir y detectar las fallas del proyecto y alertar oportunamente a INVERSIONES MACADAMIA S.A.; (ii) Por lo tanto, no cumplió con su deber de información a INVERSIONES MACADAMIA S.A. respecto de la conducta del constructor y de sus consecuencias.

¿En qué hace consistir la demanda las graves fallas constructivas y estructurales de la obra?

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

En los hechos 22, 23 y 24 de la demanda (CP1/f.11) dice la demandante que a partir del 10 de febrero de 2014, se fue enterando de que en ninguna de las 20 casas objeto del contrato de interventoría, la estructura de las viviendas había sido construida de conformidad con los planos y con los diseños y cálculos establecidos previamente. En particular, cuenta que *“entre los meses de febrero y abril del 2014 se realizaron perforaciones aleatorias con taladro percutor en las 20 casas y como resultado se evidenció la ausencia de grouting en algunas dovelas de las 20 casas.”* (CP/f. 11).

Según la demanda, esta situación llevó a INVERSIONES MACADAMIA S.A. a *“la necesidad de ampliar el contrato negociado con Muraglia [la constructora que reemplazó a AFH] para que esta sociedad interviniera y corrigiera las fallas estructurales no detectadas por el Interventor.”* (CP/f. 12).

10. ¿Qué dicen las pruebas del proceso sobre este hecho en particular?

En el proceso quedó establecido:

(i) Que la obligación principal de AFH PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LTDA en frente de INVERSIONES MACADAMIA S.A., tuvo por objeto la construcción de 20 casas de los sectores 3.1 y 3.2, Etapa C (CP1/f. 2); (ii) Que esta empresa se hizo responsable de la dirección, coordinación y ejecución integral, entre otras cosas, de la estructura y de la mampostería (CP1/f. 2-3) de acuerdo con las especificaciones y planos estructurales suministrados por INVERSIONES MACADAMIA S.A. (CP1/f. 3); (iii) Que, por lo tanto, AFH debía ejecutar las obras de acuerdo con los documentos que se mencionan en la cláusula segunda del contrato (CP1/f. 3); (iv) Que dentro del precio del contrato se consideró la realización de las obras *“de acuerdo con los diseños, planos, especificaciones y normas vigentes (NSR-10)”* (CP1/f. 3); (v) Que RIBÓN PERRY Y CIA S.A., se obligó a realizar la labor de interventoría

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

técnica y administrativa y la supervisión técnica, de esa obra en particular; (vi) Que AFH no construyó la mampostería estructural de acuerdo con los diseños y especificaciones.

11. Ahora bien, para dejar clara la situación con el objeto de juzgar la conducta de RIBÓN PERRY Y CIA S.A., el Tribunal hará la siguiente introducción técnica. El sistema usado en el diseño de la estructura de las casas de este proyecto es conocido con el nombre de “mampostería estructural” y *“se fundamenta en la construcción de muros con piezas de mampostería de perforación vertical, unidas por medio de mortero, reforzadas internamente con barras y alambres de acero, cumpliendo los requisitos de análisis, diseño y construcción apropiados establecidos en la NSR - 2010. Este sistema permite la inyección de todas sus celdas con mortero de relleno o inyectar sólo las celdas verticales que llevan refuerzo¹⁹.”*

El proceso constructivo de la estructura implica unas fases previas consistentes en la fundida de la cimentación y en la instalación del arranque de los refuerzos de los muros. Prosigue el armado del muro, la colocación de ductos y refuerzos horizontales y verticales y la inyección del grouting o mortero en las celdas de la mampostería, todo esto de conformidad con los diseños entregados al constructor en planos que indican claramente el tipo y posición de los refuerzos, las características del grouting y el número y ubicación precisa de las celdas que deben ser inyectadas para consolidar la estructura de la casa, de conformidad con los cálculos del diseñador.

La funcionalidad de la estructura de una edificación se relaciona con su aptitud para soportar esfuerzos horizontales y verticales de determinadas magnitudes –*“la mampostería es el sistema esquelético de la casa”*, afirmó el testigo Carlos Alejandro Rojas (CP9/f. 107 vuelto)-. Por lo tanto, del cálculo y diseño de la estructura, que se

¹⁹ http://datateca.unad.edu.co/contenidos/102803/MODULO_ACADEMICO/leccin_18_mampostera_estructural.html

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

realizan sobre ciertos supuestos de seguridad, dependen la resistencia de la edificación y su estabilidad. Es por esto que la norma sismorresistente establece criterios y requisitos mínimos para el diseño y construcción de las edificaciones, según lo expresa claramente el objeto de la Ley 400 de 1997 y es así desarrollado por el Reglamento Colombiano de Construcción Sismorresistente NSR-10.

El objetivo de esta intervención del Estado en la actividad constructiva está en que *“una edificación diseñada siguiendo los requisitos consagrados en las normas que regulan las construcciones sismo resistentes, debe ser capaz de resistir, además de las fuerzas que le impone su uso, temblores de poca intensidad sin daño, temblores moderados sin daño estructural, pero posiblemente con algún daño en elementos no estructurales y un temblor fuerte con daños a elementos estructurales y no estructurales, pero sin colapso. El cuidado tanto en el diseño como en la construcción y la supervisión técnica, son fundamentales para la sismo resistencia de estructuras y elementos no estructurales”* (parágrafo del artículo primero de la Ley 400 de 2007).

12. Pues bien, el Tribunal pudo establecer con certeza que el constructor no adelantó el proceso constructivo de la estructura con fidelidad a los diseños, planos y especificaciones que le fueron entregados de conformidad con la cláusula segunda del contrato de construcción y, por lo tanto, que la obra no cumplió con los requisitos mínimos que imponen las normas jurídicas sismorresistentes (CP1/f. 4-5). El acervo de pruebas descubre que DISEÑOS Y CONSTRUCCIONES AFH LTDA, en ninguna de las 20 casas ejecutó la construcción de la estructura de acuerdo con las especificaciones de diseño, porque no instaló todos los reforzamientos ni inyectó la totalidad de las celdas, según las instrucciones contenidas en los diseños y planos elaborados por el diseñador estructural de la obra, de conformidad con la norma NSR-10.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Tal situación no fue avisada por RIBÓN PERRY Y CIA S.A., sino que vino a ser conocida por INVERSIONES MACADAMIA S.A. a comienzos del año 2014, cuando la constructora MURAGLIA LTDA, contratada en reemplazo de AFH DISEÑOS Y CONSTRUCCIONES LTDA, hizo el hallazgo de unas celdas vacías en la casa 37, que levantaron la sospecha de que el constructor primitivo no habría cumplido cabalmente con las especificaciones. Esto llevó a la necesidad de hacer labores exploratorias, con el fin de llegar a un conocimiento cierto sobre la situación particular de la estructura de cada una de las casas.

Se trata de un aspecto fenomenológico que no es discutible ni ha sido discutido en su verdad esencial y que corresponde a una realidad probatoria ineludible, de acuerdo con los elementos acopiados en el proceso.

Respecto de la existencia y detección de los defectos de construcción de la mampostería estructural de las 20 casas, el Tribunal le da credibilidad a las declaraciones de Néstor Iván Roncancio Bustos, ingeniero civil, gerente de construcciones de CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. en la época de los hechos (CP9/f.34-49); Gloria Patricia Calderón Castaño, arquitecta, empleada de EDIFICADORA GÓMEZ S.A., directora de interventoría en el proyecto Avellanos (CP9/f. 50-71); Jorge Iván Carreño Rojas, arquitecto y especialista en gerencia estratégica, funcionario también de CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. (CP9/f. 12-19). Dichos testimonios provienen de profesionales serios, con experiencia, contestes en las circunstancias y en la naturaleza de los hechos (no obstante su tipo de relación con INVERSIONES MACADAMIA S.A.), cuya exposición en audiencia fue fácil, natural y espontánea, cada una desde la particular perspectiva del rol que desempeñaron dentro de los acontecimientos que nos convocan en este Tribunal.

Todos ellos coinciden en la circunstancia que desencadenó este proceso:

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Habiendo sido contratada CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. para la terminación de las 20 casas de Avellanos –en reemplazo de AFH CONSTRUCCIONES Y CIA LTDA- y encontrándose ya EDIFICADORA GÓMEZ S.A. en ejercicio de las funciones de interventoría, fisuras en una de las casas dieron lugar a constatar que varias de las celdas de la mampostería estructural no habían sido llenadas con mortero. Hecho el consiguiente estudio exploratorio de todas las casas, bajo la dirección del diseñador de la estructura, el resultado confirmó que en ninguna fueron llenadas todas las celdas ni puestos todos los refuerzos, conforme con los planos y especificaciones del diseñador.

Además, la testigo GLORIA PATRICIA CALDERÓN aportó las memorias de la intervención individual de cada una de las 20 casas, más sus soportes, con el detalle del proceso, incluyendo el resultado de la inspección de todas las celdas y la elaboración de un inventario minucioso con los hallazgos en cada una. Allí se puede apreciar en qué consistieron los trabajos y el diagnóstico, casa por casa, sobre la situación del llenado de las celdas y de la instalación de los refuerzos de la mampostería estructural. (CP9/f. 73-103).

Por su parte, el dictamen técnico rendido por el ingeniero GUILLERMO GAMBOA (CP10/f. 1-245) le merece un alto grado de credibilidad al Tribunal, tanto por las calidades profesionales del perito -reflejadas en su formación académica y su experiencia- como por la claridad y fundamentación de sus respuestas y la concordancia y completitud de los soportes.

Este perito también certifica la falta de concordancia entre la construcción de la mampostería estructural y las especificaciones y planos de diseño en los siguientes extractos de su trabajo, que el Tribunal ha escogido para fundamentar las

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

conclusiones pero que son apenas algunas de las aseveraciones del ingeniero relativas al punto:

1. *"La construcción de las casas No. 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62 y 63 del Proyecto de Vivienda Macadamia Etapa C (Avellanos), sectores 3.1 y 3.2, que llevó a cabo AFH PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LTDA hasta el 31 de octubre de 2013 bajo el control y supervisión de RIBON PERRY Y CIA S.A., **NO** fue realizada de conformidad con los planos de diseño estructurales y con las especificaciones estructurales de construcción determinadas para el Proyecto, **únicamente en la mampostería estructural**, ya que no existe evidencia de fallas estructurales, sin resolver, en otros elementos."* (CP10/f. 1).
2. *"En forma similar [al ejemplo de la casa 35], examinando cada uno de los diagnósticos de todas las 20 casas construidas por AFH, se detecta este tipo de fallas o similares, en forma recurrente y se refuerzan de acuerdo con las propuestas estructurales especificadas en el mismo capítulo para cada casa."* (CP10/f. 5).
3. *"... el perito concluye que **SÍ** hubo fallas estructurales, las cuales se indican marcadas con rojo en los muros de los planos anexos de diagnósticos de cada una de las casas; diagnósticos realizados por Inversiones Macadamia, y suministrados al perito por los mismos."* (CP10/f. 6).
4. *"[RIBÓN PERRY Y CIA S.A.] **NO** informó a INVERSIONES MACADAMIA S.A. y/o a PEDRO GÓMEZ Y CIA. S.A. sobre la existencia de las fallas estructurales, a las que se refieren las preguntas 1 a 3, pero si informó acerca de las fallas explicadas por el perito, en la respuesta a la pregunta No. 6.2 de este cuestionario."* (CP10/f. 53).

5. *"Ribón Perry **no** cumplió totalmente con sus obligaciones de supervisión y control de calidad estructural, de acuerdo con el reglamento NSR-10."* (CP10/f. 54)

6. *"Naturaleza: Fallas en mampostería estructural."*

Descripción: celdas no inyectadas, refuerzo no colocado en algunas celdas que así lo requerían, celdas inyectadas parcialmente, y celdas con refuerzo inyectadas parcialmente, tal como se explica, más adelante, con mayor detalle, a lo largo de las respuestas a los cuestionarios decretados por el Tribunal." (CP10/f. 64)

7. *"Las fallas en la mampostería estructural se originaron en que las obras no se ejecutaron de acuerdo con las especificaciones y planos estructurales, lo cual causó las fallas descritas en la respuesta 1.1, como fueron: celdas no inyectadas, refuerzo no colocado en algunas celdas que así lo requerían, celdas inyectadas parcialmente, y celdas con refuerzo inyectadas parcialmente."* (CP10/f. 64).

8. *"Las fallas se **originan** en el **no** cumplimiento de las especificaciones y planos estructurales durante la construcción de la mampostería estructural, lo cual trajo como **consecuencia**, proceder al diseño y construcción de unos reforzamientos, para corregir esas fallas."* (CP10/f. 65).

13. Fácilmente se llega a la certeza de que la esencia, el *leitmotiv* de la interventoría técnica, se asienta en la labor técnica de controlar la ejecución de la obra, con el explícito fin de que el constructor se ajuste, en un todo, a las especificaciones del

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

proyecto, las cuales constan en los documentos de diseño y cálculo entregados tanto al constructor como al interventor, dentro de los anexos de los respectivos contratos.

Es decir, la razón de ser de la interventoría técnica, la que da contenido y renovada justificación a su existencia, se contrae a que el interventor participe activamente en la vida y desarrollo del proyecto constructivo con el único fin de verificar que la ejecución de la obra se ajuste al *"correcto desarrollo de los planos"* y al cumplimiento de normas de calidad. He aquí la causa del contrato: el motivo que indujo a la contratación.

Y si, como quedó establecido con plenitud, la obra no se ajustó a los planos y especificaciones previstos, es imperativo concluir que el interventor no logró el cometido del contrato.

14. El contenido de esta amplia y esencial obligación del interventor se encuentra informado y tiene su desarrollo en varias cláusulas del contrato:

1. Dentro del objeto del contrato, *"comprometiéndose el contratista a aportar su experiencia y capacidad para efectuar el control técnico y administrativo de los procesos de construcción a partir de los diseños válidos para construcción... desarrollando sus funciones encaminadas a que se cumplan los plazos, el presupuesto, el objeto u los alcances previstos para el desarrollo de la obra."* (CP1/f. 32)
2. PARÁGRAFO: *"(...) En consecuencia desarrollará sus funciones hacia el propósito de que las obras y actividades propias de la construcción se ejecuten bajo los parámetros aproximados de dicho presupuesto, así como de los planos válidos para construcción."*

“...Por tal motivo se hace responsable de la ejecución de los procesos de control encaminados a que el desarrollo de la obra se ajuste a tales contenidos, de tal forma que las sanciones contempladas en la cláusula decimo tercera le serán aplicables a EL CONTRATISTA en todo o en parte si de acuerdo con la actividad de INTERVENTORÍA objeto del presente contrato no informa previa y oportunamente a EL CONTRATANTE de cualquier circunstancia que altere sustancialmente la calidad de la obra, o no ejecuta las acciones requeridas para tal efecto, sin perjuicio de las demás responsabilidades derivadas de la suscripción del presente contrato.” (CP1/33).

3. Por otra parte la cláusula segunda dice que son documentos del contrato *“para determinar las obligaciones a cargo del CONTRATISTA”*: 1. Anexo 1. Información general para la ejecución del contrato, que incluye: (...) (iv) Diseño estructural. (xii) Contrato de construcción y obligaciones del Constructor. (CP1/33).

Como se puede ver, el objeto del contrato se ajusta plenamente a los conceptos del Decreto 2090 de 1989, sobre la misión del interventor en el proyecto de construcción.

En dos cláusulas, la octava y la novena, el contrato reitera las obligaciones generales del interventor y especifica las particulares. De ellas el Tribunal extracta las siguientes, a título de confirmación sobre el contenido sustancial de la misión del interventor.

1. Dice la cláusula novena que, en cumplimiento de la interventoría técnica, el contratista debe hacer seguimiento, control y supervisión a los

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

constructores y demás involucrados en el cumplimiento de los contratos y de las normas *“relativas al manejo de todo tipo de construcción”*. (CP1/f. 36).

2. Sobre las obligaciones particulares del contratista, el Tribunal resalta las siguientes que fueron incluidas en la cláusula novena del contrato. En cumplimiento de la interventoría técnica: *“1.7. Llevar a cabo el control técnico de todas las actividades desarrolladas por los constructores y por los contratistas de estos para la ejecución de la Obra, para que ellas se ajusten estrictamente a los planos de construcción y diseños aprobados, las especificaciones técnicas establecidas y las normas de construcción vigentes.”* (CP1/f. 38); 1.10. Aprobar o rechazar la obra según los constructores y sus contratistas cumplan o no con los planos, las especificaciones y los procedimientos constructivos de diseño. 1.11. Solicitar la reconstrucción de obras defectuosas que no se ajusten a las especificaciones de calidad, *“practicando la inspección de las mismas”*. (CP1/f. 38); 1.22. Validar que las actas de avance de obra correspondan únicamente a obras aprobadas y acordadas con el CONTRATANTE (CP1/f. 39). 2. En cumplimiento de la Interventoría Administrativa: *“2.2. Validar que las actas de pago y liquidación de obras para el pago al constructor, correspondan en forma precisa en su proporción y valores parciales a las obras aprobadas, en desarrollo de procedimientos de control técnico de ejecución de obra.”* (CP1/f. 40); 2.10. *“Velar porque el procedimiento de pagos de la Obra permanezca ligado a la estructura integral de calidad establecida para garantizar que únicamente sean cancelados los trabajos realmente ejecutados en su cantidad y proporción justa, cumpliendo con los parámetros de control administrativo previamente fijados.”* 2.11. *Aprobar o improbar los cortes de obra ejecutada facturas... correspondientes a las obras ejecutadas por el constructor.* 2.12. *Supervisar en todo momento el desarrollo de las actividades de contratación, construcción y administración de la Obra desarrolladas por el constructor.”*

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

(CP1/f. 41); 2.17. Llevar el control de: Aprobar pagos mensuales en contratos a precio global fijo, de acuerdo con el grado de cumplimiento de dichos contratos (CP1/f. 42).

15. Esto respecto de la que llamamos la primera obligación cardinal del contrato, que –siendo de medio- supone que la misión fundamental del interventor está en proteger los intereses particulares del propietario de la obra, velando porque esta se ejecute de conformidad con precisos dictados técnicos. Así lo reconoció en el interrogatorio de parte, el propio representante legal de la sociedad demandada, Sr. Andrés Ribón Catala:

“En nuestro caso la interventoría técnica se refería a estudiar en la parte inicial los planos e información con que se debería construir el proyecto, avalados por el propietario para conocimiento de las obras que se iban a realizar, en el ejercicio de la ejecución de las obras deberíamos verificar y revisar la ejecución, implantación, localización y desarrollo de las diferentes actividades de acuerdo con las especificaciones técnicas de construcción, obviamente aparecen de por medio unas normas de unos códigos que reglamentan nuestro oficio y por consiguiente teníamos que alertar también sobre esos temas. (CP9/f. 4)

Y fue corroborado también por CARLOS ALEJANDRO ROJAS ECHEVERRÍA, empleado de RIBÓN PERRY Y CIA S.A. en la obra en cuestión, como residente de interventoría:

“DR. CABRERA: En qué consiste el control de calidad que usted tenía que hacer o desarrollar en ejercicio de la función que le había sido asignada?

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

SR. ROJAS: Los controles de calidad parten a partir de la ejecución de obra, las diferentes revisiones que se realizan, control de planos, control de modificaciones, control de materiales, se hace también un control SISO general, el control SISO básicamente también estaba enfocado en la parte de calidad.”

16. Este aspecto general del contrato de interventoría explicado en precedencia, se entrelaza sólidamente con la que el Tribunal considera la segunda obligación cardinal del contrato: la de supervisión técnica. En realidad, como se dijo, es una forma de interventoría técnica originada en la ley pero que, dada la identidad parcial de objeto, puede ser asignada al interventor técnico de la obra, lo cual evita la duplicidad de tareas. Así lo permite expresamente la Ley 400 de 2007 en su artículo 4º, cuando dice que *“la supervisión técnica puede ser realizada por el interventor, cuando a voluntad del propietario se contrate una interventoría de la construcción.”*,

Entonces, la de supervisión técnica es también una obligación de control en la ejecución del contrato como sucede con la interventoría y supone, como ella, *“la verificación de la sujeción de la construcción de la estructura de la edificación a los planos, diseños y especificaciones realizadas por el diseñador estructural. (Ley 400 de 2007, artículo 4º).* Lo que la caracteriza es que su finalidad, más allá de la protección de los intereses particulares del dueño de la obra, tiene una connotación de orden público: la seguridad de las construcciones frente a hipotéticos eventos sísmicos, con el fin de *“reducir a un mínimo el riesgo de la pérdida de vidas humanas, y defender en lo posible el patrimonio del Estado y de los ciudadanos.”* (Ley 400 de 2007, artículo 1º).

Y no es un asunto menor. En la historia reciente se ha evidenciado la enorme incidencia, en vidas humanas y en perjuicios económicos, de las características estructurales de las edificaciones, cuando sucede un sismo. Por eso la ley impuso el

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

cumplimiento de determinados parámetros técnicos, considerando dichos riesgos. Ya explicamos que de allí proviene la norma técnica NSR-10 adoptada por decreto en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 400 de 2007. Y es el Supervisor Técnico de la obra el encargado de velar no sólo porque los diseños se acojan a la norma técnica, sino porque la construcción cumpla estrictamente con los requisitos legales.

Sobre la supervisión técnica, cuando se usa el sistema de mampostería estructural, dice la NSR-10:

D.1.3.1- Obligatoriedad de la supervisión técnica. (...) El supervisor técnico debe cumplir lo dispuesto en el Título I, Supervisión Técnica, del presente reglamento. Dada la susceptibilidad de la mampostería estructural a los defectos de calidad de mano de obra, y a la calidad de los materiales utilizados; es recomendable que toda obra... que se realice con este sistema se construya bajo estricta supervisión técnica de un profesional idóneo..."

D.1.3.2- Alcance de la supervisión. El supervisor técnico debe verificar la concordancia entre la obra ejecutada y los planos y especificaciones de construcción de acuerdo con lo estipulado en la sección I.2.4 del presente reglamento.

El canon I.2.4 establece los controles que debe realizar el supervisor técnico, debidamente explicados por el perito ingeniero, a saber: control de planos, de especificaciones, de materiales, de calidad y de ejecución. Sobre este último dice la norma:

I.2.4.6: El supervisor técnico deberá inspeccionar y vigilar todo lo relacionado con la ejecución de la obra, incluyendo como mínimo: (g) Alzado de muros de mampostería, sus refuerzos, monteros de pega e inyección.;... (j) En general

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

todo lo que conduzca a establecer que la obra se ha ejecutado de acuerdo con los planos y especificaciones.”

En concordancia con esta norma, el Título D sigue diciendo:

D.1.3.3- El supervisor técnico... debe controlar y registrar la calidad de las unidades de mampostería, de los morteros de pega y de relleno, la disposición de las armaduras, anclajes y conectores. Igualmente debe supervisar las operaciones de inyección de mortero.”

Y el canon I.2.3.1 le impone al supervisor técnico “(k) Rechazar las partes de la estructura que no cumplan con los planos y especificaciones.”

Sobre los resultados de la inyección de mortero, dice el canon D.4.6.3:

“Inyección de mortero. El mortero de relleno se debe colocar directamente con bomba o manualmente con embudo, teniendo la precaución de que todo el espacio inyectado quede homogéneo y compacto, buscando vinculación íntima entre el mortero de relleno y las unidades de mampostería.”

En conclusión, de acuerdo con la NSR-10, en las construcciones con mampostería estructural el supervisor técnico debe supervisar, vigilar, inspeccionar y registrar la instalación de los refuerzos y la inyección del mortero, cuidando que se cumplan las exigencias del D.4.6.3, transcritas en precedencia.

Y cuando la norma habla explícitamente de la “estricta supervisión técnica de un profesional idóneo” (bajo razón de que el sistema de mampostería estructural es susceptible a los “defectos de calidad de mano de obra”) y habla también de “supervisar las operaciones de inyección de mortero”, está diciendo que no hay otra

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

manera de hacerlo, sino con la presencia *in situ* de personal calificado verificando que el vaciado del *grouting* se haga de la manera correcta, para que la estructura coincida con lo previsto por el diseñador. En otras palabras, si la manera correcta de hacerlo consiste en “supervisar las operaciones” y la operación está definida por la Academia como la “ejecución de algo”, el supervisor-interventor no tiene opción distinta a estar presente durante la ejecución del vaciado, con el fin de asegurarse de que el *grouting* sea debidamente inyectado.

Como se puede ver, en este aspecto puntual la conclusión es predicable tanto de la supervisión técnica como de las labores de interventoría.

17. Esta visión –así expuesta- es corroborada técnicamente por el señor perito ingeniero. Él dice que la norma NSR-10, al recomendar de manera específica “que toda obra que se realice con este sistema se construya bajo estricta supervisión técnica de un profesional idóneo...”, *está resaltando* ‘la susceptibilidad de la mampostería estructural a los defectos de la calidad de la mano de obra...’, *que para el perito significa que se requiere tener personal exclusivo e idóneo, tanto del constructor (ingeniero, maestro y operarios), como del supervisor técnico (Ingeniero e inspector) que controlen, especialmente, la colocación del refuerzo y las operaciones de inyección de mortero, porque ésta es la única forma de garantizar el correcto colocado del refuerzo v llenado de las celdas. (...) Esto explica, el por qué en esta operación de llenado debe estar presente tanto el constructor como el supervisor técnico, previniendo y detectando posibles fallas que puedan suceder en esta labor.”* (CP10/f. 83. Los resaltados son del original del dictamen).

Por eso concluye perentoriamente el ingeniero Gamboa:

“Del análisis de los informes mensuales y semanales, como se ha establecido ampliamente a lo largo de las respuestas a las preguntas 1 a 3 de este

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

cuestionario, el perito determina, que el supervisor técnico no verificó, suficientemente, la concordancia entre la obra ejecutada y los planos y especificaciones de construcción, en lo que respecta a la supervisión del llenado de celdas y colocación de refuerzo de la mampostería estructural. (...) Por lo tanto, el perito concluye que Ribon Perry, no cumplió, suficientemente, con sus obligaciones de supervisión y control de calidad estructural, en lo que respecta a la supervisión del llenado de celdas y colocación de refuerzo de la mampostería estructural, tal como lo exige el literal (g) de I.2.4.6 — CONTROL DE EJECUCIÓN — del reglamento NSR-10.” (CP10/f. 56).

La misma idea sobre cómo debe operar la supervisión del armado de la estructura es expresada por la testigo Gloria Patricia Calderón, directora de interventoría de Edificadora Gómez, quien dijo lo siguiente a una pregunta del Tribunal sobre el procedimiento de la interventoría para verificar la correcta inyección de las celdas:

“El primer proceso fue lograr, como es una celda tan pequeña, debíamos primero saber exactamente con cuántos baldes de mortero se llenaba una celda para poder garantizar que en el momento de la fundición pudiéramos contar en cada celda cuántos balde se llevaba cada celda, ese fue el primer ejercicio, identificar cuántos baldes se iban por celda para garantizar que la celda iba a quedar llena en su totalidad. (...) Todo ese proceso de levantamiento de la mampostería, instalación del acero, limpieza, lavado con agua y llenado queda registrado porque le ponemos a cada una de las celdas un número específico para que en el momento de la fundición le podamos hacer seguimiento. (...) Ahora, no podemos fundir la totalidad de la vivienda porque el sistema no se puede hacer de esa manera, empezamos a fundir por secciones, primero uno de los niveles para poder hacer algo controlado porque es la única forma de hacer un seguimiento óptimo, se hace primero un nivel, luego otro y así sucesivamente vamos haciendo la fundición de esas

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

celdas, pero básicamente el secreto está en garantizar que el llenado de esa celda se cumpla y era eso, identificando cuántos baldes se iban por celda.” (CP9/f. 55 y vuelto).

Concluye la misma testigo:

“Entonces la fundición de ese nivel, que siempre fundimos por niveles, se tarda más o menos medio día o un poco más, seis horas, entonces el acompañamiento es del 100% del tiempo al constructor porque puede existir que si alguien se retira del proceso de fundida, el albañil o el trabajador, simplemente no decida fundir la celda, entonces tiene que existir una presencia del 100% del tiempo durante la fundida del personal de interventoría.” (CP1/f. 56).

A su turno, el testigo JORVE IVÁN CARREÑO, refiriéndose al llenado y refuerzos de la mampostería estructural, dijo:

“DR. CABRERA: (...) Cómo puede hacer un interventor para darse cuenta de que eso está mal si esto está oculto?

SR. CARREÑO: El tema es estar en el momento presente de la fundida en el proceso constructivo y verificar que sí se está haciendo, no hay otra manera.” (CP9/f. 15).

El doctrinante Felipe Vallejo afirma que *“El interventor de obra incumple la obligación y vigilancia de la obra, que esencialmente le incumbe, y responde ante el dueño por todo perjuicio derivado de los vicios de construcción cuando el contratista se ha separado de los planos (...) siempre y cuando hubiera podido advertir sus efectos perjudiciales con estudio y buen entendimiento de los diseños y una supervisión cuidadosa y oportuna de los procedimientos, los materiales, los equipos y*

los trabajos.” (FELIPE VALLEJO GARCÍA. *Responsabilidad Profesional en la Construcción de Obras*, p. 110)

17. Sobre el punto de la inejecución contractual es relevante la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado –establecida por la doctrina extranjera y adoptada por nuestra jurisprudencia- porque la regla general es que, en tratándose de las primeras, la responsabilidad del deudor requiere culpa probada. Lo cual es razonable y se explica, en esta clase de obligaciones, en vista de que *“el deudor sólo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que este se alcance.”* (CSJ, Sala Civil, sentencia de mayo 31 de 1938). En consecuencia, aún si nunca se realiza el fin esperado por el acreedor, el deudor solo responde bajo la imputación de culpa, o sea si se comprueba que faltó al deber de diligencia en la ejecución de sus obligaciones contractuales. Philippe Le Tourneau lo explica mejor:

“Pero el deudor puede no comprometerse sino a poner al servicio del acreedor todos los medios de los que dispone para ejecutar el contrato lo mejor posible. Él no promete alcanzar un objetivo preciso (un resultado), sino que procurará conseguirlo mediante un comportamiento adaptado y un esfuerzo perseverante. De allí que el acreedor que se queja del incumplimiento o de una mala ejecución, deberá probar la culpa del deudor.” (La Responsabilidad Civil, Bogotá, Legis, 2004, p. 111-112).

Es decir que el desfallecimiento contractual no se configura, cuando la conducta del deudor se corresponde con un parámetro de diligencia preestablecido. En cambio, cuando la obligación es de resultado la medida de su cumplimiento es la obtención de dicho resultado; lo cual explica por qué, en este último caso, todo el empeño del deudor no es suficiente para liberarlo, salvo que demuestre que estuvo impedido por una causa extraña y superior.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Sobre el grado de diligencia que cabe exigir al deudor en el desempeño de su conducta contractual, nuestro sistema jurídico consagra distintos grados de culpa ya sabidos, descritos en el artículo 63 del Código Civil: (i) Culpa grave, tan grosera que se equipara a la intención positiva de inferir el daño. (ii) Culpa leve, que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. (iii) Culpa levísima, que se opone a la suma diligencia o cuidado.

La ley dice en qué casos se aplica cada uno, dependiendo del régimen particular de la situación que se estudie. El artículo 1604 del Código Civil establece la regla general de que el deudor es responsable de culpa grave, cuando el contrato sólo es útil al acreedor; de culpa leve, si el beneficio es recíproco y de culpa levísima cuando sólo el deudor reporta beneficio. La coherencia y aplicabilidad de esta fórmula legal ha sido cuestionada, así como su carácter general en vista de la múltiples excepciones establecidas en la ley. Por otra parte, vale decir que el mismo artículo 63 precisa que la expresión culpa o descuido “sin otra calificación”, equivale a culpa o descuido leves.

18. En este caso, según las descripciones antecedentes, el contrato de interventoría es un contrato de prestación de servicios profesionales de cuyo objeto principal el interventor adquiere obligaciones de medio: se compromete a prestar toda su colaboración y sus conocimientos para lograr el objetivo de que la obra sea ejecutada de acuerdo con los diseños y especificaciones, dentro del tiempo establecido y bajo su control técnico y administrativo. Dado que la ejecución de la obra le corresponde exclusivamente al constructor, el interventor no se compromete con el resultado.

Ahora bien, al margen de la discusión dogmática sobre la congruencia del artículo 1604 del Código Civil con el régimen general de la responsabilidad contractual, el

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Tribunal parte de la premisa de que –en este caso- el interventor responde por culpa leve no sólo porque se trata de un contrato con beneficios recíprocos frente al contratante, sino porque estamos frente a una modalidad del mandato (arts. 2142 y 2155 del CC). Incluso bajo la hipótesis del artículo 2144 del Código Civil, *“los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios (...) se sujetan a las reglas del mandato.”*

19. Sobre la conducta de RIBÓN PERRY Y CIA S.A. a este respecto, el Tribunal da por probado que, debiendo hacerlo, no supervisó con diligencia y profesionalismo las operaciones de inyección de mortero: no estuvo presente en el momento previo para verificar la instalación de las varillas de refuerzo, ni estuvo presente en el momento de la fundida de los muros para constatar que el llenado de las celdas hubiera sido correctamente ejecutado, única manera de cumplir con su obligación de exigir al constructor la adecuación de la obra a las especificaciones y planos. Pero, además, esa presencia no podría haber sido pasiva, porque el interventor debía su atención a comprobar que el *grouting* descendiera hasta el nivel bajo de las “ratoneras” y a establecer la relación entre la capacidad de las celdas y la cantidad de mortero inyectado.

En cambio, RIBÓN PERRY Y CIA S.A. restringió su actividad de control a la verificación eventual de la mancha de humedad que es producida por el agua de la mezcla en la pared exterior del muro. Es decir que incurrió en una reiterada negligencia porque no sólo se limitó a esta precaria forma de revisión sino que lo hizo ocasionalmente, poniéndose en una situación en la cual le resultaba imposible determinar en forma concluyente si el llenado de las celdas y la instalación de los refuerzos habían sido hechos en regla. Y si este oficio constituía la esencia del cumplimiento de su obligación profesional, es forzoso concluir que no ejecutó el preciso objeto del contrato en lo atinente a la fabricación de la estructura de las casas.

En estas palabras el perito explica la conducta de RIBÓN PERRY Y CIA S.A.:

*“Aunque el perito determinó que SÍ hubo las fallas estructurales a las que se refieren las preguntas 1 a 3., el perito, también concluye que las fallas estructurales consistieron en el deficiente o ningún llenado y/o reforzamiento de **varias celdas de la mampostería estructural**, no todas, en donde si no se contaba con una estricta supervisión “in situ”, en el momento de llenado de todas y cada una de las celdas y colocación de su respectivo refuerzo, y no solo de forma aleatoria, para una posterior revisión, era muy difícil detectar, posteriormente, dichas fallas, observando únicamente las manchas de humedad, como instrumento de control, según lo afirma en su testimonio, el ingeniero Alejandro Rojas de Ribon Perry.*

Además, no se hicieron pruebas como golpear la mampostería en los sitios donde deberían estar inyectadas las celdas de los muros para detectar si sonaba hueco; o efectuar perforaciones con taladro en sitios similares, para verificar si estaban inyectadas las celdas o si existían varillas de refuerzo; las cuales hubieran podido ayudar a detectar dichas fallas, como se deduce de los documentos suministrados al perito, donde no se encontró ninguna información relevante que determinara que estas pruebas se hubieran efectuado.

Los pocos casos, en los que se hubiera podido dimensionar el grado de falla de la mampostería estructural, no fueron atendidos con la importancia que ameritaban, por lo cual, fallas como por ejemplo la “dovela esquinera cortada”, a que hace mención el memorando RP - MAC - C3 - 220 - 13 del 25 de abril de 2013, no fue atendida, ni por el interventor, ni por el constructor,

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

ni por el propietario, y pasados más de 70 días, dicho caso seguía sin resolver (Memorando RP – MAC - C3 - 277 – 13 de julio 5 de 2013).” (CP10/f. 49).

La evidencia es terminante. Por un lado, el experto dice que *“de acuerdo con los formatos denominados ‘Solicitud de Revisión’ elaborados por la interventoría [RIBÓN PERRY Y CIA S.A.] el perito determina que efectivamente la interventoría sí revisó prácticamente la totalidad de los muros de mampostería de las 20 casas cuya construcción adelantó AFH PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LTDA... especialmente en lo que se refiere a la colocación del grouting en la mampostería estructural.”* CP10/f. 217). No obstante, también certifica que *“el interventor **no** detectó las fallas estructurales de la mampostería estructural a las que se ha hecho referencia en las respuestas a las preguntas No. 1 a 3 de este cuestionario.”* (CP10/f. 52).

Por otra parte, según el análisis del mismo perito, para el 31 de octubre de 2013 (fecha de terminación unilateral del contrato entre INVERSIONES MACADAMIA S.A. y AFH PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LTDA) ya se encontraba totalmente terminada por el constructor la mampostería estructural de 16 casas y, de las 4 restantes, dos en un 97% y las otras dos en un 95% (CP10/f. 71)

Es decir que RIBÓN PERRY Y CIA S.A. certificó por escrito haber revisado “prácticamente” la totalidad de los muros de mampostería de las 20 casas, no obstante lo cual nunca llegó a detectar los graves defectos de la estructura.

20. Los propios empleados de RIBÓN PERRY Y CIA S.A., asignados a la obra en cuestión, explican la manera con adelantaron las actividades de inyección del *grouting*. CARLOS ALEJANDRO ROJAS, residente de interventoría, relató lo que sigue:

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

“DR. CABRERA: Ustedes cómo hacían para estar seguros de que el vaciado se había hecho correctamente, es decir de que estaba la dovela completa para poder hacer la estructura?”

SR. ROJAS: Lo usual y lo típico en cualquier tipo de estos elementos de mampostería estructural es la mancha de humedad, la mancha de humedad es la que refiere a un brote de la humedad del mortero y cuando se ve lineal es porque sabemos que está llena, cuando se ve partida está cortada o no fue llenada en su totalidad.” (CP9/f. 110).

(...)

SR. ROJAS: Suele ocurrir que muchas veces el constructor no llama a la interventoría por x y razón y de pronto ya uno encontraba una sección de muros fundidos, nosotros encontrábamos.

DR. CABRERA: Y qué pasaba entonces, qué hacían ustedes en ese caso?

SR. ROJAS: Uno confiar que los aceros de arriba estuviesen, ver uno los arranques y ver por lo menos la mancha de la humedad para verificar que estábamos de alguna manera correctos con el llenado de la dovela.” (CP9/f.110 vuelto y 111).

(...)

DR. POSSE: Ustedes estaban presentes físicamente en el momento de la llenada de la dovela?

SR. ROJAS: No todo el tiempo como lo mencionaba anteriormente.

DR. POSSE: Qué porcentaje de las dovelas de una casa con su llenado contó con la presencia física de funcionarios de Ribón Perry?

SR. ROJAS: Más o menos entre un 40 y 50%, no pudimos estar en más de la mitad de un vaciado.” (CP9/f. 117).

El mismo testigo reconoce que la presencia en el proceso de inyección del mortero tenía un grado 2 de prioridad (CP9/f. 112) y que, a falta de presencia, las verificaciones posteriores ni siquiera se hacían con el plano donde estaban

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

marcadas las dovelas; como no tenían el plano durante la inspección –dice él- se basaban en *“la buena fe de la mancha de humedad”* (CP9/f. 118).

LUIS FERNANDO ARGÜELLES, predecesor de CARLOS ALEJANDRO ROJAS en el cargo de residente de interventoría, dice que el inspector de interventoría era la persona encargada de verificar que las celdas de la mampostería quedaran bien inyectadas, y que su método consistía en la “palpación”, es decir en verificar la mancha de humedad, porque no estaba presente en el momento del vaciado. Pero, además, afirma que el inspector no revisaba todo sino que lo hacía selectivamente (CP9/f. 24-25).

Todo esto constituye plena prueba de que RIBÓN PERRY Y CIA S.A. fue negligente y descuidada y no cumplió la obligación de verificar con eficacia la construcción de la mampostería estructural, hecho que dio lugar a que las edificaciones tuvieran que ser intervenidas nuevamente para corregir los defectos.

21. Y es tan grave el descuido, que la demandada nunca tuvo conciencia del problema a pesar de su gran magnitud, tanto que se atrevió a enviar el memorando de diciembre 5 de 2013 donde certifica que la obra en cuestión *“fue sometida durante la construcción al proceso de supervisión técnica , especificada en el título I de la NSR-10”*. Y agrega: *“Por tal razón, se manifiesta que la construcción de la estructura y elementos no estructurales se realizó de acuerdo a nivel de calidad requerido y especificado”* mediante los controles de planos, especificaciones, materiales, calidad y ejecución, que exige la norma NSR-10 (CP1/f. 558). En particular, respecto del control de ejecución, dijo:

“Se verificó que la obra se ha ejecutado de acuerdo a los planos, especificaciones y requisitos de construcción dados por las NSR-10.” (CP1/f. 559).

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBÓN PERRY & CIA. S.A.S.

Ya sabemos que esto último no es cierto, en vista de los defectos de ejecución de la obra, lo cual es ratificado por el perito ingeniero quien afirma expresamente en el dictamen que esta *“no cumplió totalmente con sus obligaciones de supervisión y control de calidad estructural, de acuerdo con el reglamento NSR-10.”* (CP10/f. 54). En particular, sobre el control de ejecución, estima que RIBÓN PERRY Y CIA S.A. *“no verificó suficientemente la concordancia entre la obra ejecutada y los planos y especificaciones de construcción, en lo que respecta a la supervisión del llenado de celdas y colocación de refuerzo de mampostería estructural. Por lo tanto, el perito concluye que Ribón Perry no cumplió, suficientemente, con sus obligaciones de supervisión y control de calidad estructural, en lo que respecta a la supervisión del llenado de celdas y colocación de refuerzo en la mampostería estructural.”* (CP10/f. 56).

De que RIBÓN PERRY Y CIA S.A no tuvo conocimiento de los defectos de construcción sino hasta después de haberse retirado de la obra, da fe su mismo representante legal en el interrogatorio de parte, en las siguientes palabras:

“DR. CABRERA: Por qué no me dice cuál fue el problema que se presentó, cuáles fueron las fallas estructurales, si se presentaron, según su juicio, en las construcciones de las casa de Macadamia?”

SR. RIBÓN: Como mencioné anteriormente, nosotros no volvimos a tener contacto desde mediados de enero con el proyecto, salvo la entrega de información, y a esa fecha formalmente nosotros no conocíamos ningún inconveniente estructural en las casas, formalmente nuestra única información recibida por el contratante ha sido el comunicado de junio a la aseguradora manifestando nuestro incumplimiento, nosotros no conocemos, no hemos sido informados de ningún evento que haya ocurrido y mucho menos observado en el lugar de las obras para determinar si hay o no

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

inconveniente, no lo sabemos, suponemos, si no no estaríamos acá seguramente, pero no nos consta, no lo sabemos.

Quisiéramos entenderlo y creo que en agosto, mediados, está previsto la exposición de pruebas que solicitamos para entender de qué se trata el enredo técnico que seguramente ocurrió, pero no lo conocemos como tal, mal haría en manifestarle qué pudo haber ocurrido, no lo sé.” (CP9/f. 3-4)

La misma circunstancia es corroborada por el testigo LUIS FERNANDO ARGÜELLEZ LÓPEZ, residente de interventoría del proyecto, quien se refirió al punto en los siguientes términos:

“SR. ARGUELLEZ: Cuando me llamaron y me informaron de eso se me hizo muy extraño porque me dijeron que fueron a hacer las perforaciones y que encontraron celdas que estaban huecas, obviamente eso es malísimo porque por eso está contemplado un diseño y si está ahí ese es finalmente el reforzamiento de la estructura, la verdad quedé en ese desconcierto porque como tal se estaba haciendo los procedimientos y revisiones entonces la realidad fue otra, cuando fueron y me mostraron, me dijeron: acá ya hicieron unas exploraciones perforaron, encontraron lo que nos están comentando, que encontraron un alto porcentaje de dovelas sin cargar, que estaban huecas entonces lo que uno estaba haciendo, parece que se estuviera mostrando otra realidad, muy diferente a lo que está en obra, quedé sorprendido y la verdad no le encontré esa explicación, dije: por qué.” (CP9/f. 29 vuelto).

22. Ahora bien, en sus alegatos manifiesta el apoderado de RIBÓN PERRY Y CIA S.A. que su representada no incumplió el contrato, no obstante la evidencia objetiva de los graves defectos de la estructura, ya que no tuvo la posibilidad física de estar presente en el llenado de las dovelas, por carecer de personal para asistir a los

procesos simultáneos que adelantó el constructor. Dijo así el doctor CARLOS GÓMEZ:

“El acervo probatorio incorporado al proceso y analizado anteriormente permite concluir que la convocada obró con la diligencia y cuidado que le eran exigibles pues en el cumplimiento de su obligación de control y revisión de los trabajos ejecutados por el constructor y relacionados con la “mampostería estructural” actuó en la misma forma en que lo habría hecho un profesional de la misma especialidad normalmente diligente colocado en las mismas circunstancias.

Es igualmente claro que la convocada realizó todo lo que estaba a su alcance para verificar los trabajos relacionados con la “mampostería estructural” (revisión de los arranques, del replanteo, de la colocación de los aceros y sus especificaciones y del llenado de las dovelas, en el caso de los dos últimos mediante la verificación de las “ratoneras” y de las manchas de humedad y que, lo que no realizó (verificación “in situ” del cargue de todas y cada una de las “dovelas”) no fue por negligencia si no por imposibilidad física de hacerlo debida a la simultaneidad de los trabajos ejecutados por el constructor y a la insuficiencia del personal con que contaba la interventoría, personal que adicionalmente debía realizar todas las labores administrativas de control de presupuesto y de programación y los múltiples informes exigidos por el contrato así como la revisión de los demás trabajos adelantados por el constructor en la obra, circunstancias que solo permitieron una inspección aleatoria del proceso de cargue de las dovelas.

En resumen, cualquier otro interventor normalmente diligente estando en las mismas circunstancias concretas que enfrentó la convocada (simultaneidad

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

de trabajos ejecutados por el constructor e insuficiencia de personal) habría actuado como lo hizo Ribón Perry y Cia SAS.

Sostener que la convocada estaba en la obligación, con los medios a su alcance, de detectar las fallas que se presentaron en la “mampostería estructural” es exigirle una conducta que supera el grado de prudencia propia de su gestión.

De lo expuesto se concluye que la sociedad convocada no incumplió el contrato de prestación de servicios de interventoría celebrado con la convocante ni incurrió en negligencia en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo.” (CP/f. 471-472).

Esta particular versión de la causa por la que RIBÓN PERRY Y CIA S.A. no estuvo presente en la etapa de ejecución de la mampostería estructural, es ratificada por las mismas personas, empleadas suyas, que oficiaron de residentes de la interventoría. El testigo ALEJANDRO ROJAS (CP9/f. 104-123) explicó las circunstancias en que fue hecha la labor de interventoría de la mampostería estructural y las razones por las cuales les fue imposible controlar eficazmente el llenado y reforzamiento de la mampostería, ya que *“la simultaneidad de actividades y las a veces obras exteriores no nos permitían estar presentes.”* (CP9/f. 111). Se refiere a las dificultades originadas en el desorden del constructor y a la imposibilidad de presenciar operaciones simultáneas por falta de personal.

En este aspecto concuerda el testigo Rojas con la versión de LUIS FERNANDO ARGÜELLEZ (CP9/f. 20-33), quien aseguró no solamente que al inspector de interventoría le quedaba imposible presenciar la operación de fundida de las celdas *“como es de entender el desarrollo del proyecto era 20 casas, si se quedaban viendo cómo daban todo el tema de la fundida no se podían controlar las demás*

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

actividades.” CP9/f. 24 vuelto), sino que afirmó que la inspección que hacían a posteriori, para verificar si la inyección del concreto había quedado bien hecha, no era exhaustiva sino selectiva, “porque no da el tiempo porque eran las 20 casas, eran ejecuciones simultáneas, teníamos que controlar fondos de excavación, el tema de las mampostería, el tema de los refuerzos cuando ya se inició porque llegó el punto en que ya existían 15 casas en ejecución entonces uno no podría coger a nivel de detalle sino selectivo.” (CP9/f.25).

23. Dicho esto, comienza el Tribunal por afirmar que esta tesis de la defensa es antinómica, porque supone que el interventor no es responsable cuando se obliga conscientemente a algo que no puede cumplir; y agrega el Tribunal que las circunstancias no pueden desnaturalizar el contenido esencial de las obligaciones de interventoría y de supervisión técnica tal como han sido descritas en este laudo, hasta el punto de degradar la misión del interventor al mero encargo de tareas inútiles. El contrato, ontológicamente, es un medio para lograr un fin. Y la real aproximación al fin del contrato es la medida de la diligencia, ya sea que se trate de obligaciones de medio o ya de obligaciones de resultado.

Así, bajo cualquier escenario, resulta injustificable la conducta de RIBÓN PERRY Y CIA S.A. Ya porque se comprometió libremente a realizar una tarea a sabiendas de que el recurso humano disponible no le permitiría honrar su palabra; ya porque – no obstante su alta calidad profesional- asumió equivocadamente que podría cumplirla; o ya porque, en el transcurso de la ejecución, sobrevinieron ciertas circunstancias impeditivas frente a las cuales no reaccionó como se puede esperar de una persona de sus condiciones.

La esencia de la obligación del interventor técnico está en buscar diligentemente que la construcción se ejecute conforme con las especificaciones de diseño, usando el poder que le da su condición frente al constructor y advirtiéndolo al dueño de la

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

obra sobre cualquier circunstancia que se salga de sus manos y que ponga en riesgo el objeto de su misión. Es decir que el interventor, siendo un profesional, está en el deber de diligencia –desde la misma etapa precontractual- de ponerse en la situación de cumplir con ese objetivo, porque no se concibe un contrato de interventoría en donde, *a priori*, el interventor quede liberado de su esencial responsabilidad.

24. El apoderado plantea su respetable defensa con base en el parámetro de lo que hubiera podido (y debido) hacer un profesional de las mismas calidades de RIBÓN PERRY Y CIA S.A., en las condiciones dadas; es decir desde el punto de vista de la conducta que, razonablemente, se le hubiera podido exigir a su representada en las circunstancias particulares.

Para responder a este planteamiento el Tribunal reitera la premisa de que el deber del interventor, esencial a la naturaleza del contrato, estaba en representar los intereses del dueño de la obra con el objeto de que la construcción se acogiera a las especificaciones y diseños. Si se quiere, esta obligación se resuelve, *a contrario sensu*, en esta otra: impedir que la ejecución de la obra se haga en contra de los planos y especificaciones.

Por lo tanto, se pregunta el Tribunal ¿Qué ha debido hacer, razonablemente, RIBÓN PERRY Y CIA S.A. para evitar el resultado fatal?

En primer lugar destaca el Tribunal que los defectos de construcción de la mampostería estructural se presentaron en la totalidad de las casas que constituían el objeto de la obra. Es decir que, en términos absolutos, el interventor no cumplió con este particular cometido del contrato de interventoría en ninguna de las casas, ya que el resultado final así lo acredita, con el agravante de que ni siquiera se enteró del problema. Dicho de otra manera, el interventor nunca estuvo

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

en disposición de adelantar el procedimiento técnicamente correcto para que la estructura de cada una de las casas se adecuara a las especificaciones de diseño.

Ahora bien, evidentemente un profesional diligente, situado en las circunstancias de RIBÓN PERRY Y CIA S.A., hubiera actuado de otra manera. El aspecto de la estructura de las casas es quizás el más importante de toda la obra, porque de él depende no sólo la estabilidad de la construcción sino la protección de vidas humanas. Hasta el punto que, como vimos, la misma ley ha impuesto muy estrictas obligaciones específicamente relacionadas con el objetivo de que la estructura de las edificaciones cumpla requisitos mínimos de seguridad, tanto que no se confió en el constructor y entronizó en el sistema la figura de la supervisión técnica, paralela y autónoma del constructor mismo.

Desde esta perspectiva del problema se entiende bien en dónde debió poner el énfasis de su diligencia, el interventor del contrato. El asunto es tan grave, que el perito ingeniero certifica riesgo de colapso en caso de presentarse un evento sísmico de alta intensidad, considerando que la zona en donde se asientan las casas –que es el municipio de La Calera, en Cundinamarca- es tomada como de amenaza sísmica alta.

Y, claro, es cierto –como dice el doctor Carlos Gómez- que el perito ingeniero conceptuó que *“el interventor, con el personal que contaba para desarrollar su gestión, no estaba en capacidad de detectar las fallas estructurales mencionadas en la respuesta 1.”* Pero pasa por alto que el mismo perito justifica esta particular opinión *“teniendo en cuenta la forma **“en que el constructor ejecutaba los trabajos relacionados con la “mampostería estructural”, donde continuamente tenía atrasos en la programación de obra, acumulando actividades pendientes por atender y al no darle, tanto el constructor como el interventor, la suficiente***

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

importancia a la “estricta supervisión técnica de un profesional idóneo”, a “toda obra que se realice con este sistema” de mampostería estructural.”

Esta opinión del perito pone el énfasis en el tipo de conducta que se debe esperar del interventor en cumplimiento de su responsabilidad, idea que gravita a lo largo del dictamen y en otras pruebas del expediente que serán tratadas adelante. Ya el Tribunal expuso como, en concepto del perito y de los testigos expertos que depusieron en el proceso, el único método razonable para verificar el vaciado de las celdas estaba en presenciar la operación, tal como lo exige la NSR-10. Adicionalmente, el ingeniero Gamboa se refiere a otras situaciones de negligencia que son indicativas de la actitud de la convocada en frente del cumplimiento de los objetivos trazados en el contrato. Valgan las siguientes citas textuales:

“De la evidencia fotográfica, el perito observa la varilla de refuerzo con la celda sin llenar. Evidencia, que el perito considera, de importancia, como para que a partir de ella se hubiera tomado la decisión de iniciar una revisión más exhaustiva de las celdas ya fundidas.

La misma evidencia la interventoría, la menciona en los memorandos RP – MAC - C3 - 221 – 13 del 27 de abril de 2013, RP - MAC - C3 – 230 – 13 de mayo 3 de 2013, RP - MAC - C3 – 264 – 13 de del 14 de junio de 2013, RP - MAC - C3 – 273 – 13 de junio 28 de 2013, RP – MAC - C3 - 277 – 13 de julio 5 de 2013. Es decir pasaron más de 70 días sin dar solución a esta falla estructural.”
PÁGINAS 14-16

Sobre las alternativas de RIBÓN PERRY ante a las circunstancias a las que se vio enfrentado para ejecutar su trabajo, ilustra bien la testigo GLORIA PATRICIA CALDERÓN CASTAÑO, precisamente la directora de interventoría del proyecto de

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

restauración de la mampostería estructural de las 20 casas a cargo de EDIFICADORA GÓMEZ. Dijo ella:

"Para poder tener un control la interventoría debe exigir en ese caso al constructor un parámetro básico que es que no se puede ir fundiendo diariamente cualquier muro que se levante sino que se debe establecer en nuestro caso particular, Edificadora Gómez establece que se levanta primero la mampostería de un nivel completo y se funde en su totalidad, adicionalmente para garantizar que el mortero de relleno cumpla con lo especificado en los planos de diseño se pide el mortero directamente a la concretera, pienso que el control obviamente lo exige directamente la interventoría en ese caso para tratar de hacer un trabajo responsable, y que sea medible y no de forma aleatoria, no puedo tener un control en la obra cuando permito fundir un mismo nivel en diferentes días por ejemplo, pero ese es un control que define la interventoría. (CP9/f. 67v)

Esto indica muy bien qué se debe esperar: si el interventor tuvo conciencia desde un principio de que el equipo de trabajo era insuficiente; o de que, al ritmo de la obra y frente a el desorden del constructor, no tenía la capacidad de gestión para cumplir con esta obligación esencial, debió dirigir su acción a tomar el control de ese específico problema y resolverlo, ya fuera –por ejemplo- haciendo uso de su preeminencia y poderes frente al constructor para que detuviera las operaciones de vaciado y replanteara la programación de la obra; ya recurriendo a su contratante para advertirle sobre la gravedad y sobre la necesidad de ampliar el número de inspectores o, incluso, renunciando a proseguir con una misión que no estaba en capacidad de cumplir, haciendo las advertencias del caso.

Pero no lo hizo. Ni lo intentó. No hay evidencia alguna de que –con la conciencia de los impedimentos- las circunstancias le hubieran movido a actuar para generar las

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

condiciones propicias y ponerse en situación de cumplir con el objeto del contrato de interventoría. El testigo CARLOS ALEJANDRO ROJAS, director de interventoría de la convocada, reconoce que fue inconveniente fiarse “de la buena fe de la mancha de humedad”, más aún cuando se está frente a un constructor desorganizado como era AFH CONSTRUCCIONES LTDA. Dijo él:

“SR. ROJAS: Sí señor, es inconveniente cuando yo tengo un constructor desorganizado y que tiene trabajadores que también trabajaban de manera desorganizada e irregularmente, es inconveniente sí señor, nosotros Ribón Perry laboramos en un proyecto de Usme, era vivienda de interés prioritaria y éramos 4 personas, 200 apartamentos, tuvimos problemas pero las 4 personas pudimos subsistir con las revisiones de mampostería estructural, pero el constructor de alguna manera también nos ayudó a ser organizados y a organizar las revisiones y ejecuciones de los procesos de obra.” (CP9/f. 119v).

Aún así, RIBÓN PERRY Y CIA S.A. ni siquiera informó a INVERSIONES MACADAMIA S.A. sobre sus decisiones de no estar presente en el llenado, de hacer revisión *a posteriori* con base en la mancha de humedad y de no verificar todas las celdas sino sólo algunas, de manera selectiva. Este es un hecho que corrobora el testigo LUIS FERNANDO ARGÜELLEZ LÓPEZ, empleado de la interventoría:

“DR. CABRERA: Inversiones Macadamia sabía o ustedes le explicaron a Inversiones Macadamia cuál era el procedimiento que ustedes usaban para la verificación de la elaboración de las dovelas y el reforzamiento de la estructura?”

SR. ARGUELLEZ: De parte mía no, no se les explicó eso.

DR. CABRERA: Ellos sabían que su revisión era selectiva?

SR. ARGUELLEZ: Nunca se trató ese tema.” (CP9/f. 27).

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Ahora bien. La interventoría tampoco hizo alguna otra gestión en este punto de la mampostería estructural, en busca de la certidumbre, como verificar la relación entre la cantidad de material usado y la capacidad de las celdas o la aplicación de perforaciones en los muros.

"DR. CABRERA: Mi pregunta es: cómo puede hacer el interventor para darse cuenta de que eso quedó mal fundido, que el cemento no llegó hasta abajo si no existen las ratoneras, cuál sería su manera de darse cuenta?"

SR. CARREÑO: Por el volumen de concreto, el volumen que se va a utilizar dentro de tantas dovelas que tengo programada para fundir hoy, el interventor tiene que saber y darme el visto bueno de que puedo fundir, que están los refuerzos, que están los hierros, pido 3 metros cúbicos para tantas dovelas, esos tres metros cúbicos se tienen que ir en las dovelas, si no se le fueron los 3 metros cúbicos puede que no esté cumpliendo con la norma.

Dos, con las ratoneras; tres, con un ferroescan para el tema del refuerzo en acero; pero el tema más es estar en la fundida, estar dentro del cargue como lo dicen.

DR. CABRERA: Si no está en la fundida cómo podría hacer el interventor para detectar que el cargue quedó incompleto?

SR. CARREÑO: Con apiques y perforaciones donde están localizadas la dovelas, es decir, si aquí de esta ventana a metro cincuenta tiene que haber una con un taladro cojo y hago la inspección." (CP9/f. 15v)

Para finalizar el análisis de este aspecto y ratificar sus conclusiones, el Tribunal reproduce –sin más comentarios– las siguientes afirmaciones del testigo LUIS FERNANDO ARGÜELLES, contundentes en la simplicidad de su expresión:

SSS

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

DR. POSSE: Y en el estándar de la industria hay algún margen, un porcentaje de rango de tolerancia, de error, en cuántas de ese 30% del muro que debe ir con dovelas puede tener fallas que terminen no habiéndose cargado o que no se haya cargado adecuadamente?

SR. ARGUELLEZ: Todas deben quedar cargadas, cuando se detecta eso se hacen unas pruebas de instrucción para verificar eso y se hace contigua a la celda, ahí no hay margen de tolerancia, donde suceda eso se hace esa prueba de instrucción y a la siguiente celda reforzarla. (CP9/f. 30).

(...)

Eso es una irresponsabilidad, la verdad sí es una irresponsabilidad porque es un riesgo, es un porcentaje muy alto donde queden varias dovelas sin fundir.

(...)

Como tal el sistema de mampostería estructural requiere mayor nivel de control a un sistema convencional, un sistema industrializado porque evidentemente es más elaborado entonces es muy importante sí el tema de esas revisiones. (CP9/f. 31).

25. Sin extenderse más en este punto, sobre el cual considera el Tribunal que hay suficiente ilustración, resulta concluyente que RIBÓN PERRY Y CIA S.A. no buscó alternativas ni dirigió su conducta a resolver los problemas que –según ella- le obstaculizaban la gestión, ni a neutralizar el riesgo de un método de muy baja confiabilidad con otros recursos disponibles o, por lo menos, a presentar la advertencia al dueño de la obra con el fin de prevenir el daño.

26. Sobre el daño como presupuesto de la responsabilidad, se conviene en que debe ser cierto y radicado en cabeza del acreedor. En el presente caso se hace consistir en el detrimento patrimonial sufrido por la convocante a causa del decaimiento contractual de RIBÓN PERRY Y CIA S.A., consistente en los costos y gastos que tuvo que asumir para la reparación de la mampostería estructural de

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

las casas. Sin dificultad se aprecia que el contenido material de la pretensión cuarta de la demanda configura un daño, susceptible de ser indemnizado siempre que se pruebe el nexo causal.

27. En cuanto al nexo causal, se reconoce jurídicamente la necesidad de que la conducta del deudor incumplido sea la causa cierta y directa del daño. Al respecto el Tribunal hace las siguientes precisiones sobre las dos teorías que fijan los criterios de la relación causal, citadas por la convocante en sus alegatos de conclusión.

La teoría de la equivalencia de condiciones se basa en la premisa de que “cada coactividad causa toda la consecuencia” –no obstante ninguna ser suficiente – porque la falta de cualquiera de ellas habría evitado el daño. En vista de esta circunstancia, se debe considerar que cada actividad es causa del daño y, por lo tanto, que cada autor es responsable del perjuicio. Es decir que cada causa tiene el carácter de causa directa aunque sea una causa remota, lo que puede llegar a dificultar la distinción entre el perjuicio directo y el indirecto.

La teoría de la causalidad adecuada pretendió eliminar el carácter equivalente de todas las causas. Por eso proclama que *“no todas las condiciones necesarias pueden ser retenidas como causas. (...) Así, pues, esta teoría tiene por efecto eliminar entre los antecedentes, aquellos que no han ejercido un papel en la producción del daño, más que por un encadenamiento que puede ser considerado como excepcional. Los partidarios de esta teoría distinguen entre las condiciones que han causado el evento de manera fortuita y los que están unidos a este evento por una relación adecuada.”* (Roger Dalcq, citado por Tamayo Jaramillo en su Tratado de Responsabilidad, Tomo II, página 379).

557

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

A manera de conclusión sobre este planeamiento teórico: para la Equivalencia de las Condiciones todas las causas necesarias generan el nexo causal, por eso son equivalentes. Para la teoría de la Causalidad Adecuada, no todas las causas necesarias generan el nexo causal; apenas aquellas de las cuales cabría esperar *“que produjeran el resultado que se realizó”*.

28. Hechas las precisiones que anteceden, el Tribunal rectifica la interpretación que de esta última teoría hace el doctor CARLOS GÓMEZ en sus alegatos, donde afirma erróneamente que *“en la teoría de la causa adecuada solo podrá calificarse como causa material del mismo a aquella condición apta o idónea por si sola para la producción del resultado, es decir, debe determinarse cuál de los hechos integrantes de la cadena causal tuvo la virtualidad material de generar, sin el concurso de los demás, el daño.”* (CP/f. 475).

Como se dijo, para las dos teorías cualquier condición que no sea necesaria, no es causa del daño; y las dos concuerdan en que una condición no es necesaria sino contingente, cuando el daño se habría generado de todas maneras, aun después de suprimida la condición. Si, como dice el apoderado, estuviéramos frente a la hipótesis de una sola causa necesaria y otras que no lo son, no habría debate respecto de estas últimas. Solamente cabría aplicar el criterio de cada teoría respecto de la única causa, para determinar si hay nexo causal.

Por eso la diferencia de criterios se plantea respecto de una misma premisa: que varias condiciones presentes sean, todas, necesarias (*sine qua non*) para la producción del daño; es decir, que a falta de cualquiera de ellas el daño no se puede producir. Lo que hace la diferencia es que la primera teoría –de ahí la expresión “causas equivalentes”– todas las condiciones necesarias implican imputación causal. En cambio la de la Causalidad Adecuada es selectiva, porque

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

propone la exclusión del nexo causal en aquellas que, no obstante ser reconocidas como necesarias, tienen un carácter excepcional o fortuito.

En este caso no estamos frente a una sola condición necesaria. Resalta el Tribunal la circunstancia de que existen, por lo menos, dos condiciones adecuadas a la generación del daño: una, el decaimiento contractual de AFH CONSTRUCCIONES LTDA; otra el de RIBÓN PERRY Y CIA S.A. Si cualquiera de estas condiciones falta, el daño no se habría producido. En el primer caso, si el constructor hubiera construido las viviendas de conformidad con los diseños y especificaciones; en el segundo caso, si el interventor oportunamente adecua su conducta a una eficaz gestión de control y de supervisión, de acuerdo con los dictados técnicos. El pleno cumplimiento de las obligaciones de cualquiera de ellos, habría evitado el daño. Por eso los dos decaimientos contractuales son condiciones necesarias del daño.

29. Establecida esta circunstancia el Tribunal concluye que, en particular, hay nexo causal entre la conducta culposa de RIBÓN PERRY Y CIA LTDA y el daño producido a INVERSIONES MACADAMIA S.A., bajo la lente de cualquiera de las dos teorías: Si de la Equivalencia de Condiciones, porque tanto la conducta del interventor como la del constructor son causas necesarias del perjuicio y eso bastaría para determinar el nexo causal. Si de la Causalidad Adecuada, porque a la conducta de RIBÓN PERRY -condición necesaria del daño- no se le puede atribuir un papel meramente accidental, fortuito o excepcional en la cadena de sucesos que dieron origen al daño. O sea que, retrotraídos al momento previo al evento y vista la situación, cabría esperar de ella, razonablemente, la producción del resultado fatal.

Es innegable que la razón de ser del contrato de interventoría, en su ya reconocida finalidad esencial, está en impedir un desvarío del constructor. El interventor es un vigilante, encargado puntualmente de evitar ese desvarío. Y si el daño se produce por la incuria del constructor sin que el interventor haya hecho lo necesario para

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

impedirlo, la relación de su conducta con el daño directa y no fortuita ni excepcional. Para el Tribunal es claro que el nexo causal de la conducta del demandado con el daño, se configura por su conducta negativa y no positiva, en el sentido de que si hubiera actuado como correspondía al contenido de sus obligaciones contractuales, hubiera roto la cadena de sucesos que dieron origen al daño y por esto se hace responsable.

30. Finalmente el Tribunal hace la siguiente claridad en relación con el nexo causal. La sociedad AFH PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LTDA, en su calidad de constructora de las veinte casas, ejecutó la construcción contrariando los diseños y especificaciones entregados por INVERSIONES MADADAMIA S.A. Es decir, eventualmente la sociedad constructora también podría ser pasible de responder por su propio decaimiento contractual frente a la contratante, con base en el contrato de construcción. Esto supondría que pueden llegar a existir dos causas de fuente autónoma, por virtud de las cuales INVERSIONES MACADAMIA S.A. sea titular frente a cada deudor, del derecho de indemnización de los mismos perjuicios originados por los defectos de construcción de la mampostería estructural.

Este fenómeno ocurriría porque la conducta de cada contraparte contractual es idónea para generar todo el daño y, por lo tanto, cada una consolida un nexo causal independiente; esto llevaría a la proposición de que el dueño de la obra tiene acción frente a cada uno de sus contratistas para reclamar todo el perjuicio, lo cual supone también que el pago de cualquiera de ellos extingue la obligación del otro (sin perjuicio, claro está, de los derechos que hayan nacido entre ellos por otra eventual responsabilidad extracontractual).

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

La responsabilidad dual así explicada, es conocida en la jurisprudencia francesa con el nombre de responsabilidad *in solidum*, que es diferente a la responsabilidad solidaria de carácter legal o contractual.

Dice Philippe Le Tourneau, en la obra citada, que *"la obligación in solidum significa que la víctima de un daño causado por varios responsables dispone de tantos recursos cuantos autores del hecho dañino haya. Cada uno de los corresponsables es visto como si hubiera causado la integridad del daño; de donde se deduce que cada uno puede ser asignado por la totalidad (inclusive si el coautor no dispusiera, en razón de un obstáculo de hecho, de un recurso respecto de los corresponsables); y el pago efectuado por uno de ellos es liberatorio para todos."* (op. cit. pág. 86-87). Y cita el siguiente extracto de un fallo jurisdiccional:

" 'Cada uno de los coautores de un mismo daño, consecuencia de sus faltas respectivas debe ser condenado in solidum a la reparación del daño completo, puesto que cada una de esas culpas ha concurrido a causarlo completo sin que haya lugar a tener en cuenta la división de la responsabilidad entre los coautores, lo cual no afecta sino las relaciones recíprocas de estos últimos, pero no el carácter y la intención de sus obligaciones con respecto a la víctima del daño.' (Tribunal de Conflictos, 14 de febrero de 2000, Ratinet Bull. confl. N° 2)' " (op. cit. Pág. 87.)

De ahí, dice Le Tourneau, que la víctima pueda demandar a los corresponsables, aún después de haber obtenido una condena frente a alguno de ellos, siempre que aún no haya recibido el pago.

31. En la doctrina colombiana JAVIER TAMAYO JARAMILLO se refiere a este tipo de obligaciones duales como *obligaciones al todo*, llamadas así por el autor para evitar que se confundan con la solidaridad, en vista de que el artículo 1568 del Código

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Civil colombiano asimila las expresiones “obligación solidaria” y “obligación *in solidum*”. Dice el doctor Tamayo:

“En la práctica, ambas obligaciones permiten a la víctima reclamar la totalidad de la indemnización a todos o a cada uno de los responsables, en la medida en que, desde el punto de vista de la causalidad, cada uno de los responsables causó la totalidad del perjuicio.

(...)

Esta misma solución es aplicable en el ejemplo ya propuesto de dos deudores de diferentes obligaciones de tipo mercantil, los cuales contribuyeron con su respectivo incumplimiento a la producción de un mismo daño.” (Op. cit. pág. 46).

32. En consecuencia, el Tribunal condenará a la sociedad demandada RIBÓN PERRY Y CIA S.A. al pago de la totalidad del perjuicio causado por su conducta culposa, siempre y cuando esté probado y liquidado.

33. Sobre la condena en perjuicios, el Tribunal hace las siguientes consideraciones.

34. La demanda contiene la siguiente pretensión de perjuicios que se cita textualmente (CP/f. 3):

*“CUARTA. – Que como consecuencia de las pretensiones anteriores, se condene a **RIBON PERRY Y CIA S.A.** a pagar a **INVERSIONES MACADAMIA S.A.S.**, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha del laudo que ponga fin al proceso, a título de indemnización de perjuicios, las siguientes sumas de dinero, o el mayor valor que se demuestre en el proceso, conforme se describe en la demanda:*

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

- 4.1. *Por concepto de los costos y gastos incurridos con ocasión de la intervención y corrección de las fallas estructurales no detectadas por Ribón Perry, la suma de Dos Mil Trescientos Noventa y Nueve Millones Cuatrocientos Noventa y Siete Mil Ciento Treinta y Un Pesos (\$2.399.497.131.00).*
- 4.2. *Por concepto de las indemnizaciones, costos y gastos pagados a los compradores y/o propietarios de las 20 casas, la suma de Cuatro Mil Ochocientos Noventa y Cuatro Millones Seiscientos Veintiún Mil Novecientos Sesenta y Nueve Pesos con Siete Centavos (\$4.894.621.969.07)”*

Los mismos perjuicios fueron discriminados de la siguiente manera en el juramento estimatorio de la demanda (CP/f. 15):

“En los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, bajo la gravedad del juramento, estimo las pretensiones de la demanda de la siguiente forma:

Concepto		Estimación bajo juramento
<i>Por concepto de la intervención y corrección de las fallas estructurales no detectadas por Ribon</i>	<i>Costos y gastos incurridos hasta la fecha de presentación de la demanda</i>	\$ 1.467.979.067.00

563

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

<i>Concepto</i>		<i>Estimación bajo juramento</i>
<i>Perry</i>	<i>Costos y gastos proyectados desde la presentación de la demanda y hasta la terminación de las 20 casas</i>	\$931.518.064.00
<i>Por indemnizaciones, costos y gastos pagados a los compradores y/o propietarios de las 20 casas</i>		\$4.894.621.969.07

Las pretensiones y la discriminación efectuada mediante el juramento estimatorio – como simples elementos de interpretación de la demanda más no como pruebas- son un parámetro inicial para delimitar el contenido de la pretensión misma y la competencia del Tribunal de conformidad con el artículo 305 del CPC.

35. Perjuicios reclamados y fundados en el valor de los costos y gastos en los que incurrió Inversiones Macadamia con ocasión de la intervención y corrección de las fallas estructurales no detectadas por Ribon Perry.

El Tribunal encuentra que los costos y gastos en los que incurrió la convocante para establecer las fallas estructurales de las casas y las intervenciones para corregirlas, son consecuencia directa de la conducta contractual del interventor, por las razones que se expresan cuando fue analizado el elemento de la culpa.

También está claro para el Tribunal que los costos y gastos de INVERSIONES MACADAMIA S.A. para la terminación de las 15 casas en todos aquellos aspectos no

564

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

relacionados con los defectos de la mampostería estructural, no forman parte de las pretensiones de la demanda ni constituyen perjuicios relacionados con el incumplimiento de RIBÓN PERRY Y CIA S.A. reclamados en esta demanda.

Para determinar la cuantía del perjuicio por concepto de intervención y corrección de las fallas estructurales de las 20 casas, el dictamen pericial contable (CP8) se basa en los documentos que dan fe de la contratación para el efecto, de la firma CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. por parte de INVERSIONES MACADAMIA S.A. La convocante celebró con CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. un solo contrato de obra cuyo objeto inicial fue la terminación de 15 casas, dado que, desde el 31 de octubre de 2013, había terminado unilateralmente el contrato con AFH PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LTDA. Por lo tanto recurrió a la nueva firma, con el fin de que terminara la obra que había dejado inconclusa su antecesora. Los trabajos comenzaron a ejecutarse desde diciembre de 2013 no obstante que el contrato aportado al proceso tiene fecha de 5 de septiembre de 2014.

36. Este contrato a que se viene refiriendo el Tribunal y en que se basa la perito contadora, está conformado por el documento original y cinco otrosíes que incluyeron sucesivas modificaciones al objeto del contrato, según se irá detallando en el desarrollo del presente capítulo. Este será el contexto dentro del cual el Tribunal hará el examen del dictamen pericial contable, en conjunto con otras pruebas allegadas y practicadas, con la finalidad de determinar con precisión cuáles de los valores cancelados por Inversiones Macadamia a Constructora Muraglia tuvieron como causa la intervención y detección de las fallas estructurales y cuáles, por el contrario, tuvieron su origen en conceptos distintos.

En el dictamen pericial contable y en sus aclaraciones, obrantes en el cuaderno de pruebas No. 8, la perito se ocupa de auxiliar al Tribunal en la determinación o valoración de los diferentes pagos y erogaciones en que incurrió Inversiones

565

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Macadamia con ocasión de los hechos que ocupan al Tribunal. El procedimiento adoptado por la contadora consistió, en términos generales, en la revisión de la contabilidad de INVERSIONES MACADAMIA S.A. para identificar en ella los pagos efectuados a CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. por la detección y reparación de las fallas aludidas, y en la revisión de los correspondientes soportes y documentos varios.

37. En punto de la intervención y reparación para corregir las fallas estructurales en la respuesta a la pregunta 1 de las formuladas por la Convocante en audiencia de posesión de la perito (CP8/ f. 6), ella se refiere al valor total de las obras contratadas por Inversiones Macadamia con Constructora Muraglia, sin hacer discriminación alguna respecto de cuáles de éstas obras guardan relación con las fallas estructurales y cuáles no. Posteriormente, con ocasión de la solicitud de aclaración presentada por la misma convocante, y en respuesta a la pregunta No. 2 de dicho cuestionario precisó (CP8/ f. 186):

“R.: i) El valor caudado (sic) total por concepto de reparaciones para corregir las fallas estructurales en las casas y de los acabados por esas reparaciones, asciende a la suma de \$2.116.366.200, correspondientes a los Otrosíes firmados con la empresa Muraglia S.A., así:

DOCUMENTO	REVISION, REPARACION ESTRUCTURAL
<i>Otrosí No. 1</i>	<i>999.497.131</i>
<i>Otrosí No. 2</i>	<i>261.078.375</i>
<i>Otrosí No. 4</i>	<i>581.638.836</i>
<i>Otrosí No. 5</i>	<i>274.151.858</i>
TOTAL	2.116.366.200

566

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Todas las obras ejecutadas están debidamente canceladas, en las siguientes fechas:

El Tribunal entiende, y lo corrobora el dictamen, que éstos valores corresponden a sumas que contablemente se encuentran registradas como pagos efectuados por “concepto de reparaciones para corregir las fallas estructurales”. Sin embargo, para poder determinar con certeza la causa de dichos pagos, tendrá el Tribunal que analizar la prueba en su conjunto, incluyendo en ella los soportes de la perito obrantes en el expediente, particularmente los documentos donde constan los otrosíes con sus anexos, con el fin de establecer si la información contable es veraz en la clasificación de los gastos.

38. Durante la audiencia de alegatos y en el resumen escrito correspondiente, las partes se refirieron al dictamen y a la prueba relacionada por las obras acometidas por Constructora Muraglia. El apoderado de Inversiones Macadamia sostiene que todos los valores de los otrosíes constituyen perjuicios causados por la convocada. El apoderado de esta, por su parte, cuestiona varios de los ítems o conceptos incluidos por la perito dentro de los otrosíes, por considerar que no están relacionados con la intervención o reparación estructural. Por ello el Tribunal se detendrá en el examen de cada una de estas modificaciones al contrato, para determinar, tanto desde el punto de vista jurídico - contractual como del contable, qué valores fueron probados y su relación causalidad con el desfallecimiento contractual.

39. **Contrato inicial.** El contrato entre Inversiones Macadamia y Constructora Muraglia S.A. se suscribió el 5 de septiembre de 2014 (CP1/ f. 566-599), a pesar que de los testimonios recibidos resulta que la relación contractual se desarrolló desde diciembre de 2013.

567

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Se destacan dos cláusulas del citado documento:

“Cláusula Primera: “OBJETO DEL CONTRATO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar la terminación de la construcción de QUINCE (15) casas (37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 61) para el proyecto de vivienda MACADAMIA Etapa C (Avellanos) Sector --1 y --2”

Cláusula Vigésima Primera: “ VALOR DEL CONTRATO. El precio Global para la TERMINACION de las QUINCE (15) casas (37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 61), objeto del presente CONTRATO, es el siguiente incluido el IVA sobre la Utilidad.

Se realizará la terminación de 15 casas:

<i>COSTO DIRECTO 15 CASAS (3-1 Y 3-2) Y URBANISMO (3-1, 3-2, 3-3)</i>	<i>\$ 2.438.054.892</i>
<i>ADMINISTRACION (13,71%)</i>	<i>\$ 334.224.465</i>
<i>IMPREVISTOS (3.00%)</i>	<i>\$ 73.141.647</i>
<i>UTILIDAD (5.00%)</i>	<i>\$ 121.902745</i>
<i>IVA SOBRE UTILIDAD (16.00%)</i>	<i>\$ 19.504.439</i>
<i>COSTO TOTAL</i>	<i>\$ 2.986.828.187</i>

Basta la anterior revisión para determinar que éste contrato inicial no estaba relacionado con los problemas estructurales de las casas, sino más bien con la terminación de aquellas que no habían sido entregadas a sus propietarios. Desde el punto de vista contable esta situación resultó clara para la perito, quien no incluye este costo dentro del concepto de revisión y reparación de la mampostería estructural, cuando precisa los valores pagados por Inversiones Macadamia a Constructora Muraglia.

568

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

40. **Otrosí No. 1.** Suscrito el 10 de septiembre de 2014. El objeto de este otrosí fue modificar el valor final del contrato, para incluir el costo adicional por la revisión y reparación estructural de las casas por un valor total de \$999.487.131, valor éste que incluye AIU e IVA sobre utilidad.

El dictamen pericial contable, como arriba se precisó, incluye asume la totalidad del valor de este otrosí dentro de los costos por “REVISIÓN REPARACIÓN ESTRUCTURAL” y afirma que su valor fue facturado y pagado.

Examinando el texto del Otrosí No. 1 y sus anexos (CP8/f. 20 – 39), puede el Tribunal corroborar que todo el valor incluido en el Otrosí No. 1, guarda relación con la “intervención y corrección de las fallas estructurales no detectadas por Ribón Perry”. Así se desprende de la breve descripción incluida en el cuadro de costos de la cláusula primera del Otrosí, como de los cuadros anexos denominados “REVISIÓN ESTRUCTURAL AVELLANOS 3-1-3-2” (CP8/F. 22) y “REPARACIÓN ESTRUCTURAL AVELLANOS 3.1 – 3.2” (CP8/F. 27), cuyos costos totales sumados coinciden con el valor del Otrosí.

Por su parte la convocada no cuestiona el valor de este otrosí, ni la calificación causal del dictamen. Así lo expresa en su alegato:

“La expresada suma de \$ 999.497.131 resultó ser el costo real del diagnóstico y la reparación como consta en el documento que obra al folio 109 del cuaderno de pruebas No. 8, del cual se desprende que el valor de dichos trabajos, con corte al 17 de Abril de 2015 y con una ejecución del 100% ascendió, sin AIU, a la suma de \$ 815.849.425 de los cuales \$ 742.796.506.40 corresponden a reparación y \$ 73.052.919.26 a diagnóstico.

569

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

"Teniendo en cuenta lo anterior no se entiende cuál es la razón que llevó a que el costo de las reparaciones (incluyendo el diagnóstico) ascendiera, según la estimación de la perito a \$ 2.116.366.200 es decir \$ 1.116.869.069 más que el valor fijado en el Otrosí No. 1.

"La explicación solo puede encontrarse en los costos adicionales que supuestamente surgieron como consecuencia inevitable de los trabajos de reparación y, por lo tanto, para determinar si la expresada suma de \$ 1.116.869.069 corresponde efectivamente a los citados "costos adicionales" es necesario analizar los conceptos que originaron las sumas de los Otrosíes números 2, 4 y 5 que según la perito deben ser incluidas en el costo de la reparación." (CP/ f. 478)

Hechas las consideraciones antecedentes, el Tribunal reconocerá el valor completo del Otrosí No. 1, como un perjuicio sufrido por Inversiones Macadamia a consecuencia directa del incumplimiento de Ribón Perry.

41. **Otrosí No. 2.** De fecha 15 de diciembre de 2014. El objeto de este otrosí fue adicionar el valor del contrato por \$468.484808,04, valor éste que incluye AIU e IVA sobre utilidad. No se indica en el texto del otrosí, como tampoco en el Anexo No. 1, que se trate de obras de reforzamiento estructural o relacionadas o consecuencia de estas.

Del valor total de dicho Otrosí N° 2, fundada en los registros contables, la perito determina que solamente \$261.078.375 están relacionados con labores de reforzamiento estructural. Adjunto al texto del Otrosí No. 2, la perito allega un cuadro denominado "PROYECTO. AVELLANOS ETAPA C3.1/C3.2, FECHA DE CORTE 9 DE DICIEMBRE DE 2014 INFORME CANTIDADES REFORZAMIENTO RESUMEN", por valor total es \$ 261.078.375. (CP8/f. 42)

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Analizando el texto del Otrosí No. 2, el Tribunal observa que en el cuadro de la página 2 (CP8/f. 40 vuelto) se atribuye el valor total de dicho otrosí a "Costo Directo Adicional", sin referirse al concepto de reforzamiento estructural como sí lo hace la perito. Sin embargo se remite, con un asterisco, al Anexo No. 1 del mismo otrosí.

Tal anexo lleva por título "OTROSI No 2 CONTRATO DE CONSTRUCCION MC3-14012014 PARA LA TERMINACION DE 15 CASAS DEL CONJUNTO RESIDENCIAL MACADAMIA ETAPA C (AVELLANOS) SECTOR 3.1 Y3.2" (CP8/f. 43) y en él se discriminan uno a uno los conceptos que conforman su valor total.

Los conceptos allí relacionados no permiten al Tribunal concluir que los mismos guarden relación alguna con las obras de reforzamiento estructural, ni siquiera aún el valor indicado por la perito que coincide con el contenido del Anexo 1 como "Mayor costo escaleras de acceso materiales y mano de obra". Por el contrario es factible concluir que el reforzamiento a que se refiere el cuadro obrante a folio 42 del cuaderno 8, está relacionado con las escaleras de acceso y no con los muros de mampostería estructural ni con obras consecuenciales del reforzamiento.

Resulta de utilidad para obtener un buen grado de certeza sobre esta conclusión, el correo electrónico de fecha martes 5 de agosto de 2014, dirigido por Néstor Iván Roncancio (ingeniero de Constructora Muraglia) a Hugo Mora y Lina María Rojas (CP8/f. 25), en el cual el ingeniero explica cuáles serían los 3 Otrosíes, que ya desde esa fecha se podían prever para el contrato. Así lo expresa:

"En ese orden de ideas se generarían 3 Otro si para este contrato:

1. Otro si 01: correspondiente a la revisión y reparación estructural los cuales suman \$89.497.131.43 y \$999.497.131,4, el primer valor de intervención por unidad de vivienda fue aprobado por

521

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

las arquitectas Lina y Patricia, se efectuaron 6.8 casas y el segundo valor hace parte de la segunda negociación que hicimos en conjunto y que corresponde a 20 casas.

*2. Otro sí 02: **Corresponde a todas aquellas actividades que no se contemplaron en los 2986 millones del contrato total, ya que el ejercicio inicial nos enfocamos en lo que hacía falta por terminar o por instalar, no se contemplaron cambios u arreglos “vicios ocultos” o actividades adicionales, información y claridad efectuada en varios comités de obra, estos adicionales van en un 70% apro. Carificados y aprobados con la interventoría.***

*3. Otro sí 03: **corresponde a todos los costos que sean necesarios después de reparadas estructuralmente las viviendas, esta actividad se está efectuando en conjunto con la interventoría y nosotros para efectuar el ejercicio una sola vez.” (negrillas fuera del texto).***

La comunicación del ingeniero Roncancio resulta así coincidente y explicativa de los conceptos contemplados en el Anexo 1 del Otrosí No. 2, en cuya enunciación nada se dice respecto de la intervención para la corrección de las fallas estructurales detectadas en los muros de mampostería de las 20 casas.

En conclusión, el Tribunal considera que no es posible establecer relación de causalidad entre las reparaciones de las cuales da cuenta el Otrosí No. 2 y el incumplimiento de Ribón Perry, razón por la cual no incluirá el valor total del otrosí, como tampoco el valor señalado por la perito, dentro de los perjuicios que deberán ser indemnizados por Ribón Perry a Inversiones Macadamia.

42. Otrosí No. 4. Suscrito el 22 de abril de 2015. Por tercera vez las partes modifican el valor total del contrato, para incluir un adicional por \$581.638.835.51, valor éste que incluye AIU e IVA sobre utilidad. De acuerdo con el cuadro inserto en el texto del

527

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Otrosí No. 4, este valor corresponde a: “Estuco, Frizo, Pintura Cielos Razos y Carpintería en Madera.”

La Perito consideró que, de acuerdo con la información contable, todo el valor del otrosí hacía parte de los costos por la reparación estructural y además encontró que todo el valor había sido ejecutado, facturado y pagado por Inversiones Macadamia a Constructora Muraglia.

Con el fin de revisar los conceptos correspondientes al mayor valor del contrato registrado en el Otrosí No. 4, el Tribunal analiza los documentos obrantes a folios 70 a 75 del Cuaderno de pruebas 6, exhibidos por Macadamia, documentos éstos que aparecen como soporte del otrosí No. 4 y que no fueron aportados con el dictamen pericial.

Según la carta de 17 de abril de 2015, obrante a folio 70, dirigida al ingeniero Hugo Mora por Patricia Calderón, son dos los conceptos que conforman el Otrosí No. 4: Estuco, Friso, Pintura (interna y fachadas) y cielos rasos por \$240.236.776,98; y carpintería en madera por \$341.402.058,55, los cuales suman \$581.638.835,53. El valor de la carpintería en madera está especificado a folio 71, donde se advierte un valor por desmonte de carpintería de las casas 35, 36, 38, 41, 60, 61, 62 y 63 (\$3.186.816,00) y un valor por carpintería de las casas 35, 36, 38, 40, 41, 59, 60, 61, 62 y 63 (\$275.485.993,20). El valor de los costos por friso, estuco, pintura y cielos rasos, está especificado en los folios 73 y 74 y se refiere a las 20 casas.

El testigo Néstor Roncancio explicó al Tribunal que en las casas que fueron entregadas hasta diciembre de 2013 y en algunas casas cuya obra se encontraba muy avanzada, fue necesario desmontar la carpintería para hacer la intervención estructural y posteriormente montarla de nuevo y además arreglar y dejar las casas en perfectas condiciones para entregarlas a sus dueños. A este aspecto se refiere

523

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

también el correo electrónico de 5 de agosto de 2014, al que antes se hizo referencia. Además de las casas que ya habían sido entregadas, el testigo se refirió a las casas 37, 38, 39 y 40, en los siguientes términos:

"DR. POSSE: había casas de las que repararon que ya tenían construidos los acabados?"

SR. RONCANCIO: Sí, la casa 37, 38, 39 y 40, nos faltaba un 5% para entregarla y nos tocó desmantelarlas y romperlas todas." (CP9/f. 46 vuelto)

Este testimonio, unido a los anexos del otrosí No. 4, permite al Tribunal concluir que en aquellas casas que habían sido entregadas o cuyo estado de terminación estaba muy próximo, fue necesario acometer obras que no hubiesen sido necesarias de no haberse efectuado la intervención estructural. Es el caso de las 7 casas que ya se habían entregado: 35, 36, 41, 60, 61, 62 y 63, y de aquellas que estaban próximas a terminarse a que también se refirió el testigo Roncancio: 37, 38, 39 y 40. Este porcentaje de avance coincide con lo indicado por el perito ingeniero en su dictamen, es decir, con aquellas casas que para la terminación del contrato con AFH, tenían un avance superior al 70%. (CP10/f. 72)

Por lo anterior el Tribunal aceptará como parte del perjuicio que afectó el patrimonio de Inversiones Macadamia, y que deberá ser reparado por Ribón Perry, los costos por estuco, friso, pintura, cielos rasos y carpintería, pero solamente respecto de las casas arriba indicadas, pues no encuentra parámetros para determinar que esos mismos arreglos en las otras casas, fueron consecuencia exclusiva de la intervención efectuada para la reparación estructural. Así, del valor total de \$278.672.809,20 relacionado en el cuadro a folio 71, deberá excluirse la carpintería de la casa 59 (\$29.919.118,00). Y del valor total de \$196.095.646,84 relacionado en el cuadro visto a folio 73, deberán excluirse los costos relativos a las casas 42, 43, 44, 54, 55, 56, 57, 58 y 59 (\$48.895.339,77), junto con los correspondientes costos de AIU e IVA.

574

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Por lo anterior el siguiente será el valor del Otrosí No. 4, que deberá pagar Ribón Perry a título de indemnización:

<i>Ítem</i>	<i>Valor</i>
<i>Estuco, friso, pintura (interna y fachada) y cielos rasos, casas 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 60, 61, 62 y 63</i>	<i>\$147.200.307,07</i>
<i>Carpintería en madera (incluido desmonte), casas 35, 36, 38, 40, 41, 60, 61, 62 y 63</i>	<i>\$248.753.691,20</i>
<i>Valor total</i>	<i>\$395.953.998,27</i>
<i>Administración (13.71%)</i>	<i>\$ 54.285.293,16</i>
<i>Imprevistos (3%)</i>	<i>\$ 11.878.619,94</i>
<i>Utilidad (5%)</i>	<i>\$ 19.797.699,91</i>
<i>IVA sobre utilidad (16%)</i>	<i>\$ 3.167.631,98</i>
<i>COSTO TOTAL*</i>	<i>\$485.083.243,26</i>

El Tribunal precisa que no está poniendo en duda el costo total incluido en el Otrosí No. 4, ni tampoco se pone en discusión que ese costo haya sido facturado y pagado en su totalidad por Inversiones Macadamia a Constructora Muraglia; de ello dan cuenta y son prueba el Otrosí No. 4, el dictamen pericial rendido por la señora Gloria Correa Palacio y las Facturas 347 y 350 obrantes a folios 108 y 111 del cuaderno de pruebas 8. El Tribunal se ha limitado a considerar cuánto de ese valor pagado constituye perjuicio indemnizable.

43. **Otrosí No. 5.** Suscrito el 12 de junio de 2015. En esta ocasión las partes modifican el Objeto del Contrato (cláusula primera), con el propósito de incluir la terminación

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

de las 20 casas, modificando, por cuarta ocasión, el valor del contrato (cláusula veintiuno), con la finalidad de adicionar \$291.566.915,28, valor éste que incluye AIU e IVA sobre utilidad.

De acuerdo con el cuadro del Otrosí No. 5, este valor corresponde a “ADMON., AFINADO PISOS, REPARACIONES PINTURA, DESMONTE E INSTALACIÓN TUBERÍA, CAMBIO REGULADOR, PÉRGOLA, REFORZAMIENTO CUBIERTA Y AJUSTE ADICIONAL CARP.”

La perito consideró que del valor total de este Otrosí solamente \$274.151.858 hacían parte de los gastos o pagos por reforzamiento y que la totalidad de esa suma había sido pagada por Inversiones Macadamia a Constructora Muraglia. No obstante lo anterior, la perito no anexó comprobantes contables o documentos que le indiquen al Tribunal de dónde proviene su conclusión de que \$274.151.858 fueron causador por el reforzamiento estructural u obras consecuenciales ni el asunto se pudo aclarar con base en las demás pruebas del expediente.

Apoyado solo en el único cuadro que aparece como soporte del Otrosí, obrante a folio 82 de cuaderno de pruebas 8, el Tribunal no puede concluir con algún grado de certeza y objetividad, que la totalidad o parte del mayor valor del contrato adicionado en dicho otrosí, sea consecuencia directa y exclusiva de los trabajos de reforzamiento estructural. En efecto, no se encuentra parámetro para saber qué porcentaje del mayor valor por Administración reconocido a Constructora Muraglia por los meses corridos entre junio de 2014 y abril de 2015 es consecuencia del reforzamiento estructural y tampoco si los adicionales que allí se legalizan estarían necesariamente relacionados con las obras de intervención estructural.

Punto que resulta llamativo del anexo referido, es el reconocimiento de un “ajuste por error en el adicional carpintería en madera” por \$ 61.022.859,00, valor éste que

576

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

descuentan del valor total de los adicionales que allí se legalizan. El Tribunal entiende que el error se refiere a los adicionales incluidos en el Otrosí No. 4, que son reconocidos por el Tribunal como perjuicios indemnizables. Por esta razón esta suma, adicionada con el AIU y el IVA por utilidad (\$74.759.104,00), habrá de descontarse de lo concedido respecto del otrosí N° 4.

44. En resumen, por los perjuicios reclamados y fundados en el valor de los costos y gastos en los que incurrió Inversiones Macadamia con ocasión de la intervención y corrección de las fallas estructurales no detectadas por Ribón Perry y de acuerdo con lo probado en el proceso, ésta última deberá pagar a la primera las siguientes sumas de dinero:

Otrosí No. 1	\$ 999.497.131,00
Otrosí No. 4	\$ 485.083.243,26
(-) Otrosí No. 5	(\$ 74.759.104,00)
TOTAL	\$1.409.821.270,26

45. Perjuicios reclamados y fundados en el valor de las indemnizaciones, costos y gastos pagados por Inversiones Macadamia a los compradores y/o propietarios de las 20 casas

Este concepto agrupa una serie de gastos en los cuales incurrió Inversiones Macadamia, los cuales, en su concepto, le generaron un perjuicio que es consecuencia del incumplimiento de Ribón Perry.

Previo al análisis de cada uno de los ítems que conforma este grupo de perjuicios, el Tribunal distingue dos orígenes de los daños que aquí se han incluido: (i) Aquellos perjuicios que pudieron resultar de la necesidad de desalojar a los propietarios de las siete casas entregadas a los propietarios; dicha entrega ocurrió antes de la

577

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

terminación del contrato de interventoría entre INVERSIONES MACADAMIA S.A. y RIBÓN PERRY Y CIA S.A., en enero de 2014. Por razón de la intervención estructural fue necesario negociar con los propietarios su salida de los inmuebles, optando algunos por la resciliación del contrato de compraventa y otros por la reocupación luego de las reparaciones. De esta situación dan cuenta precisa los contratos de transacción celebrados entre julio y agosto de 2014, referidos a las siete casas ya identificadas. (ii) El segundo grupo está conformado por aquellos perjuicios que pudieron resultar de pagos o reconocimientos a los propietarios de otras casas de las etapas 3-1 y 3-2 por demora en la entrega. También en este grupo se incluyen arrendamientos, hospedajes, bodegajes e instalaciones efectuadas a favor o con cargo a los propietarios de las casas 35, 36, 41, 60, 61, 62 y 63 con anterioridad a la fecha de celebración del contrato de transacción.

46. Indemnizaciones pagadas por concepto de “daño emergente” a los propietarios de las casas, 35, 36, 41, 60, 61, 62 y 63. Este pago fue examinado por la Perito Gloria Correa en su dictamen y el resultado está relacionado en dos cuadros así:

- *Para los casos en que los propietarios optaron por desocupar la casa y ocuparla nuevamente luego de terminada la reparación estructural.²⁰*

No. Casa	Fecha	No. Comprobante	Valor en \$
40	31/12/2014	3536	600.000.000
41	31/12/2014	3275	107.691.212
41	31/12/2014	3276	107.691.212
61	31/12/2014	3274	205.816.875

²⁰ Dictamen Pericial, folios 9 y 194, cuaderno de pruebas 8.

578

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

62	31/12/2014	3287	220.466.375
TOTAL			1.241.665.674

- Para los casos en que los propietarios optaron por devolver la casa y resciliar el contrato:

No. Caso	Fecha	No. Comprobante	Valor en \$
60	24/07/2014	3252	460.490.472
35	28/07/2014	3253, 3321, 3322	444.351.252
36	01/08/2014	3290, 3286 y 3285	310.372.962
63	21/08/2014	3328	445.800.000
TOTAL			1.661.014.686

Examinados los contratos de transacción suscritos, los cuales obran dentro del proceso no solamente por su aportación a través del dictamen pericial sino porque fueron allegados como anexos de la demanda (CP1/f. 606-649), se constata que los valores relacionados por la perito coinciden con los valores acordados en los contratos de transacción a cargo de Inversiones Macadamia y a favor de los propietarios (compradores) de las casas, bajo la denominación "indemnización por daño emergente", excepción hecha del pago por \$ 600.000.000 incluido por la perito, relativo a la casa No. 40., costo que no está relacionado en absoluto con los perjuicios reclamados en este proceso.

579

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Respecto de esta casa 40 no hay elementos en el contrato (ni en el expediente) que permitan inferir que el negocio de compraventa fue desistido por causa de los problemas de la mampostería estructural. Además, en el mismo texto del contrato de transacción INVERSIONES MACADAMIA S.A. afirma que la fecha de entrega del inmueble a que se refiere la señora Muñoz era meramente estimativa y aproximada, susceptible de cambios, y por eso no acepta su incumplimiento. Aún así, convino en pagar la indemnización por \$118.887.159. Esta consideración desvirtúa la existencia de la obligación de Macadamia de pagar el perjuicio y, por lo tanto apoya la tesis de que el gasto no es atribuible a INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. (CP8/ f. 116 a 120).

Ahora bien, centrados en lo relativo al pago de INVERSIONES MACADAMIA S.A. a los propietarios de las casas 35, 36, 40, 60, 61, 62 y 63, por concepto de “daño emergente”, el Tribunal considera lo siguiente.

En primer lugar el contrato de transacción no precisa en grado mínimo el tipo de daño emergente por el cual la convocante está indemnizando al propietario ni describe en qué consiste, específicamente, el perjuicio que está indemnizando. Esto impide que el Tribunal pueda determinar si realmente INVERSIONES MACADAMIA devino en deudor de la obligación indemnizatoria por efecto del incumplimiento de RIBÓN PERRY Y CIA S.A. Esto tanto más, cuanto que en los mismos contratos se conviene el pago de precisos conceptos adicionales que también tienen naturaleza de daño emergente, como los arrendamientos o los gastos notariales.

Además, aún si se considerara superado el problema de la falta de contenido material del escueto concepto “daño emergente”, el Tribunal tampoco tendría criterio alguno para determinar si el valor pagado corresponde exactamente al monto del perjuicio. Los contratos de transacción registran la suma de dinero que

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

la convocante debería pagar al propietario, pero no hacen una estimación razonada que indique el origen de la cuantía y menos existe prueba de dicho origen. Lo cierto es que ninguno de los siete contratos de transacción trae una justificación mínima de como, en cada caso, se llegó a la cifra acordada, cuáles fueron los criterios de cuantificación o como cada uno de los propietarios acreditó su correspondiente perjuicio a Macadamia.

Por lo tanto el Tribunal negará la pretensión del pago de estas sumas, por la imposibilidad de establecer una causalidad cierta respecto del decaimiento contractual de RIBÓN PERRY Y CIA S.A. y porque no existe criterio para determinar si la cuantía fue correctamente liquidada.

48. Costos y gastos pagados a los compradores y/o propietarios de las 20 casas:

Son varios los ítems que el Tribunal deberá revisar para determinar, en cada caso, si existe o no relación causal con el incumplimiento del interventor. En tal propósito deberá analizar la prueba documental del expediente, incluyendo el dictamen pericial y sus soportes, con el fin de determinar si la causa del pago fue originada por el incumplimiento de RIBÓN PERRY.

Los costos y gastos de que se ocupa el dictamen contable son los siguientes:

- **Por gastos notariales:** pagos efectuados por Inversiones Macadamia en aquellos casos en que el acuerdo transaccional fue la resciliación del contrato. En ellos, según el acuerdo, Macadamia se obligó a pagar los gastos de escrituración.

La siguiente es la información que incluye la perito en su dictamen, relativa al pago de gastos notariales.

581

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

No. Casa	Fecha	Valor en \$
35	15/8/2014	12.895.027
36	1/8/2014	11.436.285
60	1/9/2014	10.584.910
TOTAL		34.916.222

La perito relaciona los pagos por ese concepto y como anexo No. 9 (CP8/f 280-289) dice adjuntar los soportes correspondientes. Sin embargo revisado el dictamen el Tribunal no encontró los soportes anunciados en el anexo correspondiente ni en ninguna otra parte del dictamen. Los documentos aportados en este ítem por la perito están relacionados con los pagos que se hicieron a las entidades financieras como parte de la devolución del precio, pero ninguno se refiere a los gastos de escrituración. Tampoco fueron allegadas las correspondientes escrituras públicas.

Dada esta situación probatoria, el Tribunal se abstendrá de condenar por este concepto.

- **Por Bodegaje:** se trata de pagos efectuados por Macadamia y verificados en la contabilidad por la perito, que se relacionan a continuación:

MES	VALOR EN \$		
	BRUTO	IVA	TOTAL
dic-14	5.331.253	107.008	5.438.261
feb-15	1.114.034	152.645	1.266.679
mar-15	655.000	79.200	734.200

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

abr-15	1.114.034	152.645	1.266.679
may-15	1.114.034	152.645	1.266.679
jun-15	1.114.034	152.645	1.266.679
jul-15	539.034	73.445	612.479
TOTAL	10.981.423	870.233	11.851.656

Los documentos que sirvieron a la perito de soporte para la elaboración del cuadro fueron adjuntados con las aclaraciones al dictamen como Anexo No. 10 y obran a folios 290 a 335 del cuaderno de pruebas 8. Revisados uno a uno los soportes, no puede el Tribunal concluir que estos pagos acometidos por Macadamia sean consecuencia del incumplimiento de Ribón Perry pues, como ya se ha dicho, la demora en la entrega de las casas que no estaban terminadas no fue consecuencia exclusiva del reforzamiento estructural, como si lo fue el desalojo de aquellas que ya estaban terminadas. Esto no significa que no pueda existir el eventual derecho respecto de las casas no entregadas, pero la prueba debe ser expresa y convincente sobre la causa concreta del perjuicio, para que el Tribunal pueda establecer la relación con el incumplimiento de la convocada.

Adicionalmente y tratándose del concepto de “bodegaje” aquí referido, es de anotar que en los contratos de transacción celebrados con aquellos propietarios que tomaron la decisión de desalojar y luego reocupar el inmueble, nada se acordó sobre pago de gastos de bodegaje.

Sobre los documentos soportes del dictamen, el Tribunal hace las siguientes observaciones:

- Folios 291 a 293, comprobante de egreso relativo a un reintegro por Bodegaje al señor Paul Osman (comprador de la casa 61) por los meses de septiembre, **octubre, noviembre y diciembre de 2013**, es decir anteriores a la fecha en que

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

le fue entregada la casa 61, hecho que ocurrió el 22 de diciembre de 2013. Estas circunstancias ponen en duda la causa del pago del bodegaje y su relación con el incumplimiento de RIBÓN PERRY Y CIA S.A.

- Folios 294 a 335, todos relacionados con pagos efectuados a la empresa Rojas Trasteos, algunos por cuenta de la casa 2C de Mónica Mantilla, la cual no forma parte de la Etapa Avellanos 3.1 y 3.2; otros relativos a las casas 56 y 57; los demás no indican a quien o a qué casa se refieren.

Como en el anterior caso, ninguno de estos documentos aporta elementos de convicción para que el Tribunal concluya la relación del costo con los incumplimientos de RIBÓN PERRY Y CIA.

- **Por Arrendamientos:** La perito relaciona los pagos que por este concepto efectuó inversiones Macadamia entre enero de 2014 y julio de 2015 y soporta la información en los documentos aportados con sus aclaraciones, como anexo No. 11, (CP8/ f. 337 – 470)

MES	VALOR EN \$
ene-14	2.483.558
mar-14	14.400.000
abr-14	17.917.600
may-14	2.394.300
jun-14	55.604.689
dic-14	18.696.000
abr-15	27.611.166
may-15	53.137.300
jun-15	52.466.445
jul-15	18.711.910

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

TOTAL	263.422.968
--------------	--------------------

Ninguno de estos soportes adjuntos al dictamen pericial en 133 folios, contiene información útil para inferir que los pagos de esos arrendamientos fueron causados por razón del incumplimiento de RIBÓN PNERRY Y CIA S.A. Ninguno es indicativo de que INVERSIONES MACADAMIA S.A. haya pagado esos arriendos por cuenta de alguno de los propietarios de las 20 casas a quienes se les retrasó la entrega debido a los problemas de la mampostería estructural. En relación con los propietarios de las casas 41, 61 y 62, a quienes se les entregarían casas en comodato por un período de 10 meses, no encontró el Tribunal ningún pago de arrendamiento por parte de INVERSIONES MACADAMIA S.A.S., que se pudiera relacionar con el cumplimiento de esta particular obligación.

Entre los folios 337 y 378 obran comprobantes que acreditan pagos por arrendamientos anteriores a agosto de 2014 y entre los folios 379 y 470 las cuentas de cobro, facturas, actas de obra y cheques de pago. Si bien son posteriores y abarcan los meses de diciembre de 2014 a julio de 2015, no son prueba de que se trate de los pagos por arrendamiento por cuenta de los propietarios desalojados de las casas 41, 61 y 62.

El Tribunal no aceptará entonces el valor de estos pagos, por no haberse demostrado su relación de causalidad con el incumplimiento de Ribón Perry.

- **Por administración:** Se refiere a pagos efectuados por Inversiones Macadamia por concepto de administración de diferentes inmuebles entre enero de 2014 y julio de 2015. Los comprobantes correspondientes fueron adjuntados con las aclaraciones al dictamen contable como Anexo No. 12 y obran en folios 472 a 510 del cuaderno de pruebas 8:

585

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

MES	VALOR EN \$
ene-14	1.619.500
feb-14	381.800
jun-14	370.100
dic-14	3.697.439
mar-15	1.248.000
abr-15	324.500
may-15	582.700
jun-15	582.700
TOTAL	8.806.739

Proceden la mismas observaciones efectuadas respecto de los arrendamientos, es decir que aquellos pagos anteriores a agosto de 2014 definitivamente no guardan relación con los contratos de transacción, y sobre los posteriores no se acreditó cuáles fueron los inmuebles entregados en comodato a los propietarios de las casas 41, 61 y 62, respecto de los cuales Macadamia asumió la obligación de pagar los costos de la administración.

El Tribunal no aceptará entonces el valor de estos pagos, por no haberse demostrado su relación de causalidad con el incumplimiento de Ribón Perry.

- **Por jardinería:** En este punto la perito afirma que de acuerdo con los registros contables Inversiones Macadamia ha pagado por jardinería un valor total de \$31.601.599. Sin embargo no aportó los comprobantes correspondientes ni tampoco indicó las fechas de dichos pagos.

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

CASA	VALOR EN \$
35	1.955.000
36	506.000
37	370.000
38	210.000
39	370.000
40	213.333
41	4.297.200
44	570.000
55	2.405.000
56	2.405.000
59	1.580.000
60	2.522.333
61	4.297.200
62	9.687.200
63	213.333
TOTAL	31.601.599

En relación con éste concepto, nuevamente se insiste que si bien no se pone en duda que las sumas indicadas por la Perito fueron pagadas por Inversiones Macadamia, ello no es suficiente para poder determinar la relación entre el pago y el incumplimiento de Ribón Perry. En cuanto al valor de la jardinería de las casas, solamente podría admitirse la correspondiente a las casas 41, 61 y 62, durante los 10 meses que duró la intervención, pues así se acordó en los contratos de transacción; sin embargo no está demostrado que esos pagos por jardinería correspondan a ese preciso periodo de tiempo.

587

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

El Tribunal no aceptará entonces el valor de estos pagos, por no haberse demostrado su relación de causalidad con el incumplimiento de Ribón Perry.

- **Por otros gastos:** Por último, la perito se refiere a 2 multas pagadas a los propietarios de la casa 62 en junio de 2015 (\$8.023.318 cada una) y un costo por cableado de sonido casa a 59.

Se advierte que estos valores no pueden ser cargados a la responsabilidad de Ribón Perry, pues no solo no fue acreditada la relación entre uno y otros, sino que conocidos los contratos de transacción y la fecha de las multas, es factible deducir que las mismas tuvieron su origen en que la casa 62 no fue devuelta a sus propietarios dentro del termino pactado.

El Tribunal no aceptará entonces el valor de estos pagos, por no haberse demostrado su relación de causalidad con el incumplimiento de Ribón Perry.

49. Dentro del cuestionario formulado por la convocada, a la perito contadora se le preguntó *"si la sociedad convocante Inversiones Macadamia S.A.S. recibió de una o más compañías aseguradoras suma alguna por concepto de indemnizaciones originadas en los hechos que han motivado el presente proceso indicando en caso afirmativo las fechas y los valores de los respectivos pagos."* (CP8/f. 15).

La respuesta dice que, *"de acuerdo con los registros contables de Inversiones Macadamia S.A.S., esta sí recibió de compañías aseguradoras indemnización."*, por valor de \$1.322.841.904, el día 28 de octubre de 2014, por concepto de indemnización incumplimiento AFH Avellanos. Soporta su respuesta en la copia del cheque con el cual fue hecho el pago (CP8/f. 141) y en la copia del contrato de transacción celebrado al efecto entre INVERSIONES MACADAMIA S.A. y SEGUROS BOLÍVAR (CP8/f. 144-146).

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

50. De la póliza de cumplimiento particulares 4209-00001870 expedida por Seguros Bolívar (CP6/f. 145) se puede extractar la siguiente información básica:

SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR

Póliza Cumplimiento particulares: 4209-000042701

05-07-2012

Asegurado y Tomador: AFH PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LTDA.

Beneficiario: INVERSIONES MACADAMIA S.A.

Coberturas: Manejo del anticipo, cumplimiento, salarios y prestaciones sociales.

Manejo del anticipo: (i) Vigencia: 25-06-2012 a 30-04-2014. (ii) Valor asegurado: \$1.322.841.904.

"Objeto: Garantizar el cumplimiento, el buen manejo y correcta inversión del anticipo y el pago de salaris y prestaciones sociales e indemnizaciones, referente a 20 casas par ael proyecto de vivienda Macadamia Etapa C (Avellanos) –Sector 3.1, Sector 3.2 y la construcción del urbanismo interno completo."

"Nota: garantía de estabilidad de la obra, será expedida por el 20% del valor total del contrato y una vigencia de tres (3) años a partir del acta de recibo a satisfacción."

"Actividad asegurada contrato de construcción N° MC3-23052012".

51. El día 12 de junio de 2014 INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. presentó reclamación para afectar la póliza de cumplimiento mencionada, con el fin de poner en conocimiento de la compañía aseguradora la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida (CP7/f. 7, 8 y 9)

Esta carta de reclamación tiene tres capítulos bien diferenciados: el primero relaciona los documentos que se aportan para probar el siniestro y su cuantía, los cuales no fueron adosados al expediente; el segundo discrimina *"el perjuicio sufrido por Inversiones Macadamia S.A.S."*; el tercero se refiere al *"perjuicio que será sufrido en el futuro por Inversiones Macadamia S.A.S."*

52. El asunto que debe resolver el Tribunal se contrae a determinar si el pago de SEGUROS BOLÍVAR a INVERSIONES MACADAMIA S.A.S con base en esta póliza de

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

cumplimiento, ya indemnizó alguno de los perjuicios que se reclama en este proceso. En caso positivo habrá que deducir la correspondiente cuantía, porque la obligación referida a esa precisa indemnización ya se habría extinguido por pago, conforme lo explicado en este fallo sobre las obligaciones *in solidum*.

52. Los apoderados de las partes se manifestaron al respecto. En el alegato de INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. dice el abogado que el valor pagado por Seguros Bolívar fue tenido en cuenta en el momento de estructurar la reclamación de este proceso, para no generar un doble pago; que monto del pago es inferior al valor total del perjuicio.

El apoderado de RIBÓN PERRY afirma que los anexos de la carta de reclamación son indicativos de que fueron pagados perjuicios relacionados con la reparación de la mampostería estructural; que los conceptos de cánones de arrendamiento y de hospedajes coinciden con lo que se pretende en la demanda.

53. Para que el Tribunal acceda a descontar a la condena el monto de la indemnización, es indispensable que exista certeza sobre la imputación del pago. Sólo así podrá discernir el Tribunal si algún perjuicio de los reclamados en la demanda ya fue efectivamente indemnizado.

54. Las pruebas son insuficientes para llegar a dicha certidumbre y por eso no se ordenará el descuento. Esta conclusión se basa en las siguientes razones: (i) Los anexos de la carta de reclamación no se encuentran en el expediente y su simple denominación no es concluyente. El hecho de que se haya dicho que se trata de un contrato para la ejecución de las obras pendientes y para la reparación de las obras defectuosas, está lejos de ser un indicio grave que induzca a creer que se refiere a la corrección de los defectos de la mampostería estructural. (ii) El numeral 2 de la carta desmiente esta conclusión, porque el valor reclamado allí es el mismo del

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

contrato celebrado con MURAGLIA para la terminación de las casas. (iii) El numeral segundo de la carta constituye realmente el objeto cierto de la reclamación; y en él, el cuadro inserto sólo contiene un rubro que coincide con lo que pretende la demanda: "pago cánones de arrendamiento y hospedaje a la fecha". Sin embargo, ya se dijo que estos conceptos no van a generar condena en el presente proceso. (iv) La misma carta apenas menciona, en el numeral tercero, sobre el perjuicio que será sufrido en el futuro y advierte: *"Por supuesto, esta información se presenta a título informativo, para que tengan claridad sobre la magnitud de una reclamación posterior."* Esto indica que la reclamación que originó el pago no incluyó conceptos relacionados con los perjuicios que nacieron de las correcciones a la estructura de las casas.

55. La cláusula penal.

56. La cláusula decimocuarta del contrato celebrado entre las partes del proceso expresa que si, como consecuencia de incumplimiento, negligencia o falta de cuidado, la obra no se ajusta a lo establecido en las especificaciones y diseños, *"sin que tales circunstancias hayan sido advertidas e informadas oportunamente al CONTRATANTE,"* el contratista deberá pagar al contratante una cláusula penal del 10% del valor del contrato sin que esto obste el cobro de los perjuicios (CP1/f. 44-45).

57. La cláusula quinta del contrato dice que el precio pactado por la prestación del servicio corresponde a la suma de \$104.564.380. El 10% corresponde a \$10.456.438.

58. La hipótesis de la norma contractual que impone la pena, se encuentra plenamente cumplida según el análisis de la culpa de la sociedad convocada hecho

591

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

en este laudo, de manera que es procedente conceder la pretensión relacionada con el pago de la cláusula penal a cargo de RIBÓN PERRY Y CIA S.A.

59. Actualización de las condenas por perjuicios. Sobre actualización de las condenas el Tribunal accederá a la pretensión sexta de la demanda, con base en la variación del IPC certificado por el DANE -índice que constituye un hecho notorio- entre la fecha de cada pago y la fecha del laudo. Las fechas de los pagos son tomadas del dictamen contable, según el siguiente cuadro:

Concepto	Valor	Fecha de pago**	Valor a 04/04/16
Otrosí 1	\$999.497.131,00	19/12/14	\$1.094.751.787,75
Otrosí 4 *	\$410.324.139,26	28/04/15	\$436.570.310,46
Valor Total actualizado			\$1.531.322.098,21

*Para efectos de la actualización se toma el valor de la condena correspondiente al Otrosí No. 4, descontado el valor del excedente del Otrosí 5.

** En ambos casos se toma la fecha de la última factura relacionada con el pago del respectivo Otrosí, según el dictamen pericial.

60. En cuanto a la solicitud de condena por mora en el pago de las prestaciones derivadas del laudo, el Tribunal la niega. El pronunciamiento sobre la tasa de interés aplicable a la mora de estas particulares obligaciones, le corresponde al juez que conozca de la ejecución.

61. Respecto de la resolución sobre excepciones a que se refiere el inciso segundo del artículo 304 del CPC, esta no será hecha en el fallo por sustracción de materia,

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

porque la convocada no las propuso ni destinó para plantearlas, como indica la norma procesal, un capítulo especial en la contestación de la demanda.

Sin embargo, como el método de la defensa se basó en la réplica de los hechos de la demanda, en las consideraciones el Tribunal se ha referido a cada argumento de la contestación.

CAPÍTULO CUARTO: COSTAS

Sobre las costas el Tribunal aplicará los siguientes criterios:

(I) Se condenará en costas a RIBÓN PERRY Y CIA S.A.S., por haber prosperado parcialmente la demanda.

(II) Por la misma razón la condena en costas será por el 30% del total de las costas, teniendo en cuenta: (i) Que prosperaron las pretensiones declarativas. (ii) que prosperaron parcialmente las pretensiones de condena. (iii) La diferencia entre el valor de las pretensiones de condena y el monto de la misma. (iv) Que el monto de honorarios y gastos del Tribunal se fija con base en la cuantía de las pretensiones de la demanda.

(III) Se fijan agencias en derecho por \$ 150.000.000, considerando los lineamientos y topes fijados en el artículo 6 del Acuerdo No. 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

(IV) Respecto de los honorarios y gastos del Tribunal, la condena en costas tendrá en cuenta, exclusivamente, el 50% que, por ley, está a cargo de la convocante. Por lo tanto no se afecta el derecho de la convocante al reembolso del restante 50% de conformidad con la ley, que consta en la certificación emitida a petición de

593

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Inversiones Macadamia de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 27 de la ley 1563 de 2016.

(V) La liquidación de las costas es la siguiente:

Concepto	Pagos a cargo de Inv. Macadamia
Honorarios del Árbitro único (más IVA)	95.324.710,00
Honorarios de la Secretaria (más IVA)	47.662.355,00
Gastos de Administración CAC (sin IVA)	47.662.355,00
Gastos de Secretaría	500.000,00
Honorarios Perito Contador	\$7.500.000,00
Honorarios Perito Ingeniero	\$20.000.000,00
Valor total de costas canceladas por Macadamia	\$218.649.420,00
Valor de Agencias en Derecho	\$150.000.000,00
Total costas y Agencias	\$368.649.420,00
30% a cargo de Ribón Perry y a favor de Inversiones Macadamia	\$110.594.826,00

CAPÍTULO QUINTO: PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERA: Declarar que entre **INVERSIONES MACADAMIA S.A.S.** en calidad de contratante, y **RIBÓN PERRY Y CIA S.A.**, en calidad de contratista, se celebró un

594

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

Contrato de Prestación de Servicios de Interventoría para el Proyecto Macadamia Etapa C.3 Avellanos, de fecha 1 de junio de 2012.

SEGUNDA. – Declarar que **RIBON PERRY Y CIA S.A. (hoy S.A.S.)** incumplió el Contrato de Prestación de Servicios de Interventoría para el Proyecto Macadamia Etapa C.3 Avellanos de fecha 01 de junio de 2012.

TERCERA. – Declarar que **RIBON PERRY Y CIA S.A. (hoy S.A.S.)** es responsable por el incumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios de Interventoría para el Proyecto Macadamia Etapa C.3 Avellanos de fecha 01 de junio de 2012.

CUARTA. – Condenar a **RIBON PERRY Y CIA S.A. (hoy S.A.S.)** a pagar a **INVERSIONES MACADAMIA S.A.S.**, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente laudo, la suma de UN MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN MILLONES TRECIENTOS VEINTIDOS MIL NOVENTA Y OCHO PESOS CON VEINTIÚN CENTAVOS (\$1.531.322.098,21), por concepto de perjuicios originados en la intervención y corrección de las fallas estructurales, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia. Esta suma incluye la actualización de conformidad con la variación del IPC.

QUINTA. – Condenar a **RIBON PERRY Y CIA S.A. (hoy S.A.S.)** a pagar a **INVERSIONES MACADAMIA S.A.S.**, la suma de DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$10.456.438.00), correspondientes a la pena establecida en la cláusula decimocuarta del Contrato de Prestación de Servicios de Interventoría para el Proyecto Macadamia Etapa C.3 Avellanos, de fecha 1 de junio de 2012, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente laudo.

595

TRIBUNAL ARBITRAL, INVERSIONES MACADAMIA S.A.S. vs. RIBON PERRY & CIA. S.A.S.

SEXTA. - Condenar a **RIBON PERRY Y CIA S.A. (hoy S.A.S.)** a pagar a **INVERSIONES MACADAMIA S.A.S.** la suma de CIENTO DIEZ MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS PESOS (\$110.594.826,00), por concepto de costas y agencias en derecho, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente laudo.


SÉPTIMA. - Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVA.- En firme este Laudo entréguese el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en los términos y para los efectos indicados en el artículo 17 del Reglamento de Procedimiento de dicho Centro.

NOVENA.- Se ordena expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P.C.).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Árbitro Único,


JAIME CABRERA BEDOYA

La Secretaria,


CLARA LUCÍA URIBE BERNATE